

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

**DAYNNA BEATRIZ FIGUEIROA SANTOS**

**AS NOVAS DIRETRIZES DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO  
MATRIMONIAL E A APLICAÇÃO DA AUTONOMIA DA  
VONTADE NO DIREITO DE FAMÍLIA**

**JOÃO PESSOA  
2011**

**DAYNNA BEATRIZ FIGUEIROA SANTOS**

**AS NOVAS DIRETRIZES DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO  
MATRIMONIAL E A APLICAÇÃO DA AUTONOMIA DA  
VONTADE NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Monografia apresentada ao curso de  
Direito da Universidade Federal da  
Paraíba, como um dos pré-requisitos  
para obtenção do grau de bacharel.

Área: Direito Civil

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Ms. Giorgia  
Petrucci Lacerda e Silva Abrantes.

**JOÃO PESSOA**  
2011

Santos, Daynna Beatriz Figueiroa.

S237a As novas diretrizes da dissolução do vínculo matrimonial e a aplicação da autonomia da vontade no direito de família. / Daynna Beatriz Figueiroa Santos. – João Pessoa, 2011.  
80f.

Monografia (Graduação) – UFPB/CCJ, 2011.

Orientador: Prof<sup>ª</sup>. Ms. Giorggia Petrucce L.e Silva Abrantes.

1. Direito de Família. 2. Autonomia da vontade. 3. Dissolução. 4. Vínculo matrimonial.

CDU – 347.61

**DAYNNA BEATRIZ FIGUEIROA SANTOS**

**AS NOVAS DIRETRIZES DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO  
MATRIMONIAL E A APLICAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE  
NO DIREITO DE FAMÍLIA**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Ms. Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes

---

Membro da banca examinadora

---

Membro da banca examinadora

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**JOÃO PESSOA  
2011**

A Deus.

Ele me trouxe até aqui.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, meu Pai, meu porto seguro.

Aos meus pais, Batista e Dapaz, meus primeiros educadores, pelo esforço contínuo e incansável na minha criação.

À minha grande família, pelos sinceros momentos de convívio prazeroso, representados na minha prima-irmã Rafaela Lucena.

Ao meu noivo, pelo carinho, paciência e incentivo.

À minha professora orientadora, Giorgia Petrucce, pela dedicação ao enriquecimento deste trabalho.

Aos meus amigos, por me conhecerem e ainda assim me amarem, especialmente Alanna e Joana.

Aos colegas concluintes, em especial Laís Marcelle, por compartilhar da luta conjunta e diária que funda as bases da nossa vitória.

Aos professores e funcionários do CCJ/UFPB representados na pessoa da professora Ms. Marília Marques Rêgo Vilhena pelo desejo de fazer dar certo.

“Casamento, convivência natural e sadia de um homem e uma mulher, não é apenas a formalização da união sexual, a satisfação biológica e social regulamentada; constitui antes uma fase adulta da vida humana, uma conjugação de matéria e espírito, solidificada em perene admiração de dois seres inteligentes que, para atingirem a plenitude do desenvolvimento de sua personalidade, se interpenetram e se confundem pelo companheirismo da tolerância e da compreensão na formação de um todo inseparável, enquanto reconhecem a necessidade e importância dessa comunhão.”  
(Domingos Sávio de Brandão Lima)

## RESUMO

A problemática deste trabalho repousa na discussão sobre espaço que o Estado, partindo de uma posição de tradicional intervenção no Direito de Família, passou a conferir à autonomia da vontade dentro desse ramo do Direito com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010, que retirou do texto da Constituição Federal a exigência de um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato para a concessão do divórcio. A pesquisa é desenvolvida sob a vertente jurídico-dogmática-instrumental uma vez que a problemática em destaque pode ser compreendida através do estudo das relações normativas que delineiam os contornos do público e do privado encontradas essencialmente no âmbito interno do ordenamento jurídico. A abordagem da pesquisa é feita pelos métodos dedutivo e dialético acompanhados dos procedimentos histórico e interpretativo. Mediante a análise da evolução histórica do divórcio, que passou de proibido (desde a instituição do casamento) a permitido constitucionalmente sem qualquer pré-requisito objetivo, busca-se descrever o papel conferido à autonomia da vontade no Direito de Família. Para tanto, são analisadas as nuances da manifestação da liberdade individual no Direito Público e do Direito Privado e a forma com que o Estado se imiscui nas relações de cunho privado, limitando o exercício da autonomia da vontade, principalmente no Direito de Família. Outrossim, estuda-se, ainda, a natureza jurídica do casamento e os elementos negociais nele aplicáveis para se dizer que o casamento é um contrato especial de Direito de Família. Nesse diapasão, defende-se a afirmação da autonomia da vontade também no Direito de Família, malgrado seja regido, na maioria dos aspectos, por normas de natureza cogente, em razão do prestígio social que a família encampa. A afirmativa se fundamenta no texto da Emenda Constitucional nº 66/2010 que, suprimindo os requisitos objetivos de ordem temporal, consagrou a vontade dos cônjuges como elemento fundamental para a concessão do divórcio, contribuindo para a diminuição da intervenção do Estado nas relações privadas e limitando a sua participação à homologação da manifestação de vontade dos cônjuges.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Autonomia da vontade. Dissolução. Vínculo matrimonial.



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 A AFIRMAÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL NA DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO .....</b>	<b>12</b>
1.1 A liberdade individual e o contexto coletivo do Direito Público .....	12
1.2 O exercício da liberdade individual como primado do Direito Privado.....	19
1.3 A intervenção do Estado nas relações privadas.....	22
<b>2 A AUTONOMIA DA VONTADE E AS RELAÇÕES DE FAMÍLIA .....</b>	<b>31</b>
2.1 Dos fatos jurídicos em sentido amplo .....	31
2.2 O antagonismo posto entre a autonomia da vontade e o Direito de Família.....	36
2.3 Sobre a natureza jurídica do casamento e os elementos negociais a este aplicáveis.....	42
<b>3 AS NOVAS DIRETRIZES DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL ....</b>	<b>51</b>
3.1 A relação entre o dinamismo social e a norma jurídica .....	51
3.2 Evolução legislativa do divórcio no Brasil.....	58
3.3 A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a relevância da aplicação do princípio da autonomia da vontade na dissolução da sociedade conjugal.....	64
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>75</b>

## INTRODUÇÃO

Em tempos modernos, a liberdade desponta como bem valorizado e buscado por todos os indivíduos; prova disso é a inclusão da liberdade nas constituições de diversos países como direito fundamental, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. O exercício da escolha é inerente ao ser humano, que a todo momento decide fazendo juízos de valor sobre o que é melhor para si. O Direito, interventor social utilizado para garantia do equilíbrio das relações entre os indivíduos, cumpre o papel de limitar a liberdade individual na medida em que seja possível a manutenção da ordem social e dos bons costumes. Outrossim, é de se questionar: em que medida deve agir o Estado, através do Direito, para limitar a liberdade individual, em razão da manutenção desse equilíbrio?

Apesar de, à primeira vista, denotar um sistema de relações eminentemente privadas, no Direito de Família o Estado sempre manifestou grande ingerência em nome da conservação da natureza institucional desse núcleo social. Assim, tem-se por legitimada a sua intervenção até mesmo na maior expressão da individualidade do homem: as suas relações afetivas, ditando todas as normas sobre o reconhecimento de uniões civis, condições, termos, modos, desde o início até o seu fim.

Mas, o Direito Civil tem como uma das suas grandes marcas a prevalência da autonomia da vontade nas relações que rege, motivada pelo caráter estritamente pessoal dentro do qual tais relações se desenvolvem. Entrementes, apesar de parecer contraditório, no Direito de Família a vontade particular é mitigada em relação às normas cogentes, destinadas à manutenção da ordem pública e dos bons costumes.

No que pertine ao casamento, vê-se que a regulamentação imposta pelo Direito está presente desde a sua formação (determinando a forma pela qual ele deve ser realizado), um rígido sistema de nulidades, o regime de bens, até as formas de sua dissolução, tudo em respeito às concepções sociais sobre o tema.

No tocante às formas de dissolução do vínculo matrimonial, através da Emenda Constitucional nº 66/2010 o divórcio, típico instituto de Direito de Família, sofreu uma alteração substancial, retirando-se do texto constitucional a exigência de um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato para a sua concessão. Apesar de ainda não ter sido pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento sobre a abolição ou

não da separação judicial do ordenamento jurídico, claro está que houve uma diminuição das exigências para a concessão do divórcio.

A monografia intitulada “As novas diretrizes da dissolução do vínculo matrimonial e a aplicação da autonomia da vontade no Direito de Família” fomenta o debate sobre a participação da vontade individual no Direito de Família, ao lado do alto grau de intervencionismo estatal, sob a ótica da flexibilização do divórcio no Brasil trazida pela Emenda Constitucional nº 66, que entrou em vigor em 13 de julho de 2010 e ainda é motivo de celeuma doutrinária quanto ao alcance das mudanças que provocou.

Considerando os efeitos gerados pela EC nº 66/2010, que retira as exigências objetivas para a concessão do divórcio, investigar-se-á se com a edição da EC nº 66/2010, quer o Estado sobrelevar o uso do princípio da autonomia da vontade no Direito de Família, em detrimento das questões de ordem pública e bons costumes que, tradicionalmente, regem a edição das normas relativas ao casamento e sua dissolução.

A hipótese central a ser trabalhada para responder à problematização é a de que, considerando que a Emenda Constitucional nº 66/2010 retirou do texto constitucional a exigência de um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato para a concessão do divórcio, afirma-se que o Estado legislador prestigiou a autonomia da vontade, manifestação suprema da liberdade, em detrimento de normas burocratizadoras do sistema de dissolução da sociedade conjugal, como resultado da atual efemeridade das relações afetivas, que nem mesmo o Direito ignora.

Ademais, outras hipóteses subsidiárias para estudo são: o princípio da autonomia da vontade pode ser limitado em razão da manutenção da ordem pública e dos bons costumes, motivo pelo qual o Estado tradicionalmente ingeriu-se nas relações de família através da imposição de normas cogentes em detrimento das normas flexíveis que regulam as outras áreas do Direito Civil; o casamento tem natureza contratual, posto que tanto ele como os contratos dependem de manifestação livre de vontade para se formalizarem, aplicando-se o princípio da autonomia da vontade ao casamento, tanto no seu início como no seu fim.

Nesse contexto, o objetivo geral perseguido é avaliar em que medida a autonomia da vontade pode ser utilizada no Direito de Família, a partir da análise da sua possível incidência na formação e dissolução da sociedade conjugal à luz da evolução do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, desde a sua instituição até a recente Emenda Constitucional nº 66/2010. O alcance do objetivo geral dar-se-á através dos objetivos específicos, quais sejam, investigar as diferentes formas de manifestação da autonomia da vontade no Direito Público e no Direito Privado (inclusive no interrelacionamento desses ramos) pela análise da

intervenção estatal das relações privadas (mormente no Direito de Família) avaliando os motivos e limites dessa ingerência; perquirir sobre a natureza jurídica do casamento, analisando os fundamentos das correntes doutrinárias desenvolvidas sobre o instituto para verificar a possibilidade de incidência dos elementos de formação de contratos no âmbito do casamento, desde o seu início até o divórcio; reconstruir a trajetória evolutiva do divórcio no sistema jurídico nacional, que culminou com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, estimando as implicações da alteração de molde a constatar a valorização da autonomia da vontade no Direito de Família, em detrimento do intervencionismo estatal.

A pesquisa será desenvolvida sob a vertente jurídico-dogmática-instrumental, porque a problemática, baseada no confronto entre autonomia da vontade e intervenção do Estado, expressa-se através da compreensão das relações normativas que delineiam os contornos do público e do privado, encontradas essencialmente no âmbito interno do ordenamento jurídico. Para tanto serão utilizados dois métodos de abordagem na pesquisa: o dedutivo e o dialético. O primeiro será necessário para uma melhor compreensão do tema, que se dará através do estabelecimento dos paradigmas gerais da autonomia da vontade e sua aplicação ao caso particular, confirmando as hipóteses do problema proposto. O método dialético justifica-se em vista do percurso da pesquisa, que dar-se-á pela análise das contradições internas encontradas no tema, buscando-se a superação de tais oposições com a confirmação das hipóteses levantadas.

No que concerne ao procedimento, o método histórico será utilizado para estabelecer as diferenças pelas quais o divórcio passou em sua evolução no ordenamento jurídico, desde a sua instituição até as mudanças percebidas nos dias atuais. O estudo dessa evolução será acompanhado da investigação sobre o sentido que cada norma alteradora trouxe ao instituto em questão, fazendo-se uso do método interpretativo, mediante o estudo dos dispositivos legais, decisões jurisprudenciais e construção doutrinária correlatos ao tema.

O trabalho monográfico estará disposto em três capítulos. No primeiro deles, sob o título de “A afirmação da liberdade individual na dicotomia Público/Privado”, será investigado como e com que intensidade a liberdade individual é regrada nos ramos do Direito Público e do Direito Privado, considerando a proteção coletiva que rege o primeiro e o seio individualista pelo qual se desenvolveu o segundo. Outrossim, sob esses considerandos, se pesquisará as razões e os meios pelos quais ao Estado é legítimo intervir na esfera privada do indivíduo, bem como sobre as consequências dessa intervenção.

O segundo capítulo estudará a ligação entre a autonomia da vontade e as relações de família, iniciando pela classificação dos fatos jurídicos em sentido amplo através da qual se

buscará o enquadramento das relações regidas pelo Direito de Família. A partir disso, perquirir-se-á os motivos do pregado antagonismo entre a autonomia privada e o Direito de Família, a fim de confirmar a validade de tal motivação e o capítulo se encerrará com o estudo da natureza jurídica do casamento, pelo qual se verificará a possível incidência de elementos negociais ao instituto.

O capítulo final abordará as novas diretrizes da dissolução da sociedade conjugal à luz das inovações implementadas no ordenamento jurídicos pela Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010; será investigada a relação entre o dinamismo social e a evolução das normas jurídicas, para que seja possível balizar o estudo da evolução da legislação sobre o divórcio no Brasil e, enfim, entender em que medida a autonomia da vontade obteve novas nuances na dissolução do casamento.

O que se entende, *a priori*, é que a alteração constitucional fomentou o questionamento sobre o espaço que o Estado, tradicionalmente intervencionista no Direito de Família, passou a conferir à autonomia da vontade dentro desse ramo. Assim, através deste trabalho é proposta uma pesquisa para elucidação deste questionamento, buscando descrever, a partir da análise da evolução histórica do divórcio, que passou de proibido (desde a instituição do casamento) a permitido constitucionalmente sem qualquer pré-requisito objetivo, descrever o papel conferido à autonomia da vontade no Direito de Família.

# **1 A AFIRMAÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL NA DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO**

A compreensão do direito de autodeterminação faz imprescindível o estudo da manifestação da liberdade nos ramos público e privado do Direito. Outrossim, à despeito da imbricação havida entre as vertentes pública e privada, a natureza de cada ramo do Direito poderá ser definida pela preponderância do interesse coletivo ou particular em suas normas, a ensejar maior ou menor efetivação das liberdades individuais.

Com efeito, no Direito Público, tem-se a participação de pessoas jurídicas de direito público nas relações, o desequilíbrio entre as partes da relação (em razão da submissão dos particulares ao Estado) e o caráter claramente imperativo das normas. Já o interesse particular caracteriza-se pela ausência do Estado nos negócios entre as partes, que estabelecem uma relação marcada pelo equilíbrio, pela apoliticidade dos assuntos e pela autonomia privada. Assim, vê-se que o elemento singular para a determinação do caráter público ou privado do Direito é o modo como o sujeito exerce a sua liberdade, ora limitada, ora com restrições mínimas.

## **1.1 A liberdade individual e o contexto coletivo do Direito Público**

O poder de autodeterminação é a máxima expressão da liberdade individual inerente ao ser humano. Todavia, muitas definições do termo liberdade individual já foram concebidas ao longo do tempo, eivadas de percepções pessoais dos autores, refletindo o momento histórico atravessado e o contexto político em que se incluía. Em meio a essa diversidade de conceitos e proposituras, pode-se apontar a definição do artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, erigido em meio à Revolução Francesa de 1789, como aquela que, sinteticamente, é capaz de abarcar todo o amplo significado da liberdade individual.

A emblemática declaração firma que a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem, proclamando que “[...] o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar.”

Edmund Burke (1997, p. 88), autor contemporâneo à citada revolução, sobre isso comentava que o homem tem o direito de realizar tudo aquilo que possa, individualmente, fazer sem lesar aos demais. A autodeterminação era, pois, a essência da liberdade buscada desde aquela época, e cuja afirmação se persegue até os dias de hoje, quando já se reconhece que, o exercício da liberdade só encontra limites no gozo dos mesmos direitos pelos outros. Porém, é cediço que esse mesmo exercício ainda não se mostra autorregulável, de forma a que todos os indivíduos saibam preservar a liberdade uns dos outros.

Assim é que se entrega ao Direito e seus operadores o dever de construir um sistema praticável de fruição do direito à liberdade; em verdade, não apenas à lei, mas, antes dela, é necessário estruturar o Estado a partir de objetivos e tarefas que se limitem a garantir a liberdade e a segurança das pessoas, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos (Böckenförde *apud* COELHO, 2009, p. 64). Eis o Estado Democrático de Direito, que tem entre seus elementos a democracia (no sentido de que o poder emana do povo), o sistema representativo e o voto direto e universal. Como dito por Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 402):

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades.

De outra forma, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito é aquele que “[...] se pretende *aprimorado*, na exata medida em que não se renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos *liberal* e *social* que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História.” (DÍAS, 1983, p. 40) (grifos do autor) sendo, pois, um modelo confluyente dos Estados liberalista e socialista e tendo como dever o de propiciar condições para o exercício da liberdade pelos indivíduos, é no Estado Democrático de Direito que podem ser observados o gozo e a guarda de todas as gerações de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais assumiram posição definitiva na sociedade no momento em que a tradicional relação indivíduo-Estado foi invertida, havendo o reconhecimento de que o primeiro tem antes direitos e, depois, deveres perante o segundo. Além disso, já se reconheceu que os direitos conferidos ao Estado em relação ao indivíduo se coadunam com o objetivo de

melhor velar-lhes as necessidades, ou seja, que a realização plena do cidadão é o cerne da atividade estatal (BRANCO, 2009, p. 267).

Em síntese, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 22.164/SP, reconheceu as etapas pelas quais os direitos fundamentais passaram:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (MS 22164, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155.) (grifos originais).

É na primeira geração de direitos fundamentais que tem lugar o direito de autodeterminação sem ação interventiva do Estado, forjado no decorrer das revoluções americana (1776): na qual houve a primeira positivação dos direitos do homem com a Declaração de Direitos da Virgínia; e francesa (1789): que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; sobre elas, Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 267) comenta que:

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista.

Destarte, a primeira geração de direitos fundamentais foi marcada pelo repúdio total a qualquer manifestação de ingerência do Estado na esfera individual do cidadão e, como primeiros a serem exigidos, tais direitos revelam a busca do ser humano pela liberdade de poder se autodeterminar vivendo, indo, vindo e se expressando.

Em suma, os direitos da primeira geração têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam a subjetividade como o seu traço mais característico (BONAVIDES, 2003, p. 564). Outrossim, os limites impostos à atuação do Estado, para serem legitimamente observados, devem ser traçados pela lei (que a



todos subjuga) tendo como substrato ideal para atuação o Estado de Direito, pois como dito por Elías Díaz (*apud* COELHO 2009, p. 64):

[...] o Estado de Direito – embora originalmente um conceito polêmico, orientado contra o Estado absolutista, o Estado-poder, o Estado-polícia ou o Estado invasor – poderá ser caracterizado, em sua essência, como aquele Estado submetido ao direito, aquele Estado cujo poder e atividade estão regulados e controlados pela lei, entendendo-se direito e lei, nesse contexto, como expressão da *vontade geral*. (grifo do autor).

A primeira das garantias de respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos é a feitura, por eles mesmos ou através de representantes, das leis e da Constituição, que instituem e velam por tais direitos determinando os limites da ação do Estado; é o que, propriamente, se pode denominar direitos fundamentais de primeira geração. Assim, ainda que relativamente, o regime representativo pode ser apontado como garantia essencial dos direitos individuais, pois permite que leis injustas e abusos de poder sejam corrigidos, sem que haja recurso à violência (AZAMBUJA, 2008b, p. 184-185).

É na lei, como expressão da vontade geral viabilizada através da democracia, que são fixados os parâmetros e divisas para o exercício da liberdade. Dessa forma, a análise dos limites impostos ao exercício da liberdade deve ser procedida observando-se a forma como manifesta-se no âmbito dos vários ramos do Direito, partindo-se da clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado.

Entretanto, apesar de clássica, é preciso reconhecer que a dicotomia posta entre as categorias do Direito é permeável e fluida, não havendo critérios de definição inteiramente satisfatórios, pois que, modernamente, todo Direito tem uma origem pública que se presta a resguardar interesses particulares e, por essa razão “[...] não há uma área jurídica puramente pública ou puramente privada. Mas existe um conjunto de dispositivos em que prevalece a natureza pública e um outro marcado por características privadas.” (DIMOULIS, 2010, p. 250).

De acordo com o critério do conteúdo das normas, o Direito Público se presta a regular a atividade do Estado, estabelecendo suas funções, a organização dos poderes e suas relações com os particulares. No Direito Público, o sujeito principal é o Estado, que atua visando resguardar interesses gerais para atingir o fim social, seja perante os seus membros, seja na relação com outros Estados. Na síntese conceitual de Paulo Dourado de Gusmão (2005, p. 173):

É a parte do direito em que predomina o interesse público, principalmente, o do Estado. Pode-se dizer ser o *direito organizador do Estado e protetor e garantidor da ordem pública e da paz social*. Nele, o Estado prepondera, apresentando-se em posição de superioridade, revestido de *imperium*, como autoridade pública. (grifos do autor).

O caráter imperativo de suas normas justifica-se pela superioridade do Estado e de sua vontade perante os particulares, já que a ele incumbe a garantia da ordem pública e da paz social, tendo como mister a realização do bem público e devendo assegurar “[...] o equilíbrio e a harmonização da atividade do homem, para que a liberdade de um não prejudique a igual liberdade dos outros.” (AZAMBUJA, 2008a, p. 148).

Como se sabe, o Direito Público divide-se em interno e externo: o externo destina-se a regular as relações internacionais do Estado com outros Estados, estando ligado ao princípio da soberania. Já o Direito Público interno regula as relações do Estado com os particulares, que atua no sentido de proteger o interesse coletivo; em nome desse interesse e de sua supremacia face ao interesse particular, estão dispostas as normas de Direito Administrativo, Direito Eleitoral, Direito Financeiro e Tributário, Direito Ambiental, Direito Penal e Direito Processual.

Porém, em situação reversa, mesmo tencionando a preservação do interesse coletivo, ao Estado também incumbe a preservação das liberdades individuais, numa relação dualista: ao tempo em que restringe a atuação individual em nome da supremacia do interesse coletivo, deve garantir o exercício pleno das liberdades individuais naquilo que não ofenda a vida em sociedade. Essa limitação da atuação do Estado é feita pelos direitos fundamentais, disposta na essência do Direito Público, qual seja, o Direito Constitucional.

Isso se deve ao fato de que, como dito por Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 1-2), “adota-se, contemporaneamente, a terminologia *Direito Constitucional* para designar um *Direito Público fundamental*, um *Direito do Estado por excelência*.”, tendo em vista que ele “[...] é o substrato e o ponto de convergência de todas as matérias.”, tratando-se, pois, “[...] de uma *disciplina-síntese*, que nos permite visualizar as conexões do fenômeno jurídico em sua plenitude, haja vista a influência que exerce sobre todos os outros *ramos do Direito*.” (grifos do autor).

Já no preâmbulo do texto constitucional de 1988 é possível sentir a relevância dos direitos fundamentais, quando proclama que a Assembléia Constituinte imbuíu-se no propósito de, através da Constituição Federal, “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”.

É de se ressaltar a inclusão da liberdade no preâmbulo constitucional, pois se compõe de um conjunto de princípios que se projetam sobre os preceitos não só do Texto Magno, mas sobre todo o ordenamento jurídico, revelando-se mais estável, na impossibilidade de sofrer revisão (MIRANDA, 1983, p. 212). Além disso, Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 34) aponta a importância do preâmbulo constitucional:

[...] seja como *vetor hermenêutico* para a compreensão da Constituição, a que ele serve de texto de abertura, seja como *enunciado normativo*, em que pese, sob este aspecto, a opinião – majoritária –, de que se trata de uma *fórmula política* carente de injuntividade e, por isso, insuscetível, *per se*, de animar qualquer pretensão jurídica com suporte na Constituição. (grifos do autor).

O vasto conteúdo dos direitos fundamentais veiculado na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Nesse contexto, liberdade e igualdade formam os dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, elevada à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito no artigo 1º e como objetivo a ser alcançado pela República, conforme disposição do artigo 3º.

Com efeito, os direitos fundamentais elencados no texto constitucional podem ser divididos em direitos de defesa e direitos de prestação e impõem, respectivamente, prestações negativas e positivas do Estado. A fruição do direito de autodeterminação, como se pode perceber, encontra-se no primeiro grupo. Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 289-290) bem asseverou, definindo os direitos de defesa:

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas.

Destarte, os direitos de defesa estão intimamente ligados aos direitos de primeira geração, impondo-se o dever de não-ingerência do Estado naquilo que se considere relativo apenas à esfera privada. Esses direitos, Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 401) chamou de liberdades públicas em sentido amplo quando usou o termo para designar o “[...] conjunto de normas constitucionais que consagram limitações jurídicas aos Poderes Públicos, projetando-se em três dimensões: civil (direitos da pessoa humana), política (direitos de participação na ordem democrática) e econômico-social (direitos econômicos e sociais)”.

No contexto dos direitos de defesa, José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 1128) aponta, como traço típico das liberdades inclusas nestes direitos, a alternativa de

comportamento, a possibilidade de escolher uma conduta. A Constituição, elaborando um campo de proteção do indivíduo à intervenção do Estado, instituiu segmentos vários em que a pessoa humana (de conformidade com o princípio da dignidade também consagrado) tem o poder de determinar-se conforme desejo, porque aí nenhuma lei deve impor ações aos indivíduos.

Assim, para Reis Friede (2006, p. 269) a Constituição Federal confere ao cidadão brasileiro, bem como aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade das liberdades de locomoção (artigo 5º, XV e LXVIII), pensamento (artigo 5º, IV, VI, VII, VIII e IX), reunião (artigo 5º, XVI), associação (artigo 5º, XVII a XXI), profissão (artigo 5º, XIII), ação (artigo 5º, II), pessoal em matéria penal (artigo 5º, XXXVII a LXVII) e pessoal relativa à inviolabilidade da intimidade e do domicílio (artigo 5º, X, XI e XII).

Em todas essas manifestações de liberdades, é possível visualizar a alternativa de comportamento referenciada. Contudo, é no direito de ação (comumente conhecido como princípio da legalidade) que a liberdade encontra sua máxima expressão: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II da CF/88). Reis Friede (2006, p. 269) explora os dois aspectos do princípio da legalidade:

O *princípio da legalidade* também pode ser entendido em termos restritos – aplicando o mesmo, neste caso, unicamente em relação ao Poder Público (fazendo com que o Estado só possa agir nas hipóteses previamente previstas na lei) –, ou, em termos amplos, traduzindo, desse modo, o denominado *princípio da autonomia de vontade* (liberdade de ação propriamente dita) que se perfaz, em última instância, pela ampla possibilidade de o indivíduo fazer tudo que simplesmente não esteja proibido em lei. (grifos do autor).

Certo é que não é fácil determinar, tanto nas Constituições como nas leis, limites justos à soberania do Estado e à liberdade do cidadão, que encontrem harmonia entre a atividade de um e do outro. Conforme Darcy Azambuja (2008a, p. 183): “Essa divisão, declarada pelo direito e fixada pela lei, tem de encontrar sua justificação e fundamento no bem público, na realização das aspirações e das necessidades sociais, que variam conforme as épocas e os povos.”

Nesse diapasão, o princípio da legalidade protege a liberdade em dois sentidos: de um lado, limita a atuação do Estado (porquanto seus atos estão adstritos ao determinado em lei, a qual é feita pelos próprios cidadãos mediante representação) e, por outro, reserva ao indivíduo um campo para escolha de conduta muito amplo, haja vista que lhe é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Enquanto o Estado só pode fazer aquilo que o Direito lhe ordena, o indivíduo encontra grande cenário para exercer o direito de se autodeterminar.

Dessa forma, em sendo o Direito Constitucional uma disciplina-síntese (como dantes assinalado), apesar de sua matriz essencialmente publicista, faz prova de sua passagem por todos os ramos do ordenamento jurídico, tendo consagrado no seu texto (através do princípio da legalidade) o princípio base do Direito Privado, qual seja, o da autonomia da vontade.

## 1.2 O exercício da liberdade individual como primado do Direito Privado

Em observância ao mesmo critério do conteúdo das normas, o Direito Privado visa regular a situação jurídica e as relações entre particulares (sejam estas pessoas físicas ou jurídicas) e baseia-se, segundo Dimitri Dimoulis (2010, p. 256) em três princípios:

*Igualdade* entre os sujeitos que participam das relações privadas, não havendo relações de superioridade e inferioridade dos participantes nem privilégios de determinados sujeitos. Primazia da *liberdade individual*, garantindo-se a autonomia da vontade dos particulares, que podem assumir obrigações e adquirir direitos mediante contratos, cujo conteúdo e sanções são fixados pelos próprios contraentes. *Flexibilidade*, pois, em muitos casos, as normas legais são aplicáveis às relações jurídicas privadas de forma supletiva, isto é, somente se as partes não decidirem de forma diferente (*ius dispositivum*). (grifos do autor).

Esses três princípios informam a essência do Direito Privado, qual seja, a autonomia conferida ao indivíduo para, dentro dos limites delineados pelas normas públicas (cogentes), estabelecer-se. O princípio da igualdade cria o ambiente de paridade necessário para que os particulares possam exercer a liberdade individual, de modo a contratar e distratar, fixar o objeto do acerto (desde que seja lícito) e impor sanções no caso de descumprimento dispendo, assim, de flexibilidade para aplicar a lei de forma supletiva, exceto quanto às normas de natureza vinculante.

Assim é que fazem parte desse ramo o Direito Comercial/Empresarial, Trabalhista, Internacional Privado, e, especialmente o Direito Civil, que se destaca como “[...] ‘direito comum’ a todos os homens, no sentido de disciplinar o modo de ser e de agir das pessoas, com abstração da sua condição social, muito embora exercendo funções ou atividades diferenciadas.” (REALE, 2002, p. 357). É através do Direito Civil que as relações mais cotidianas se revestem de juridicidade. Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 15), comentando sobre a dimensão do reflexo das normas civis, apropriadamente assevera:

No vasto campo do direito privado destaca-se o direito civil como direito comum a todos os homens, no sentido de disciplinar o modo de ser e de agir das pessoas. Costuma-se dizer que o Código Civil é a Constituição do homem comum, por reger as relações mais simples da vida cotidiana, os direitos e deveres das pessoas, na sua qualidade de esposo ou esposa, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro etc. Toda vida social, como se nota, está impregnada do direito civil, que regula as ocorrências do dia-a-dia.

Tão grande é o panorama de aplicação das normas civis que, consoante se afirma, a legislação civil não mais se limita ao Código Civil Brasileiro, posto que vários diplomas legais enxertam normas de regulação nas relações civis. Porém, a relevância do Código Civil é inquestionável; se do ponto de vista da hierarquia das normas, a Constituição Federal é a lei maior, historicamente se observa, às claras, que a lei civil demonstra maior estabilidade, estando menos sujeita a alterações radicais. Para Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 15):

Devido à complexidade e ao enorme desenvolvimento das relações da vida civil que o legislador é chamado a disciplinar, não é mais possível enfeixar o direito civil no respectivo Código. Muitos direitos e obrigações concernentes às pessoas, aos bens e suas relações encontram-se regulados em leis extravagantes, que não deixam de pertencer ao direito civil, bem como na própria Constituição Federal. É ele, portanto, bem mais do que um dos ramos do direito privado, pois encerra os princípios de aplicação generalizada, que se projetam em todo o arcabouço jurídico, e não restrita à matéria cível.

O interesse das regras do Direito Civil é eminentemente individual e nele podem ser identificados os princípios da personalidade, que são o conjunto de atributos que situam o homem na sociedade. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 79):

Embora seja dito que o Direito Civil seja o ramo principal do direito privado, sua noção extravasa essa afirmação. É na técnica do Direito Civil que apreendemos melhor a técnica legislativa, a forma de apresentação das leis, sua estrutura fundamental. É no Direito Civil que tomamos conhecimento da filosofia jurídica de um povo, do valor dado por ele ao casamento, aos bens, à propriedade, enfim.

Miguel Reale (2002, p. 358), a partir da análise do conteúdo das normas civis, afirma que esse ramo do Direito Privado possui, como uma de suas vigas mestras, “o reconhecimento de que a geral capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar certos atos ou abster-se deles, segundo os ditames de sua vontade”. Esta capacidade de autodeterminação reconhecida e defendida pelo Direito Civil é chamada de autonomia privada, expressão maior do direito fundamental à liberdade, erigida sobre raízes publicistas, mas concretizada em vias privadas. Além de nomeá-la uma conquista impostergável da civilização, esse autor (2002, p. 179) define a autonomia privada como:

[...] o poder que tem cada homem de ser, agir e de omitir-se nos limites da lei em vigor, tendo por fim alcançar algo do seu interesse e que, situado no âmbito da relação jurídica, se denomina *bem jurídico*. Pode este ser, quanto ao conteúdo, de natureza econômica, estética, religiosa, de comodidade social, de recreação etc., pois o Direito é sincrônico com todas as formas de vida social. (grifos do autor).

Como se vê, através da autonomia da vontade é que se afigura possível a plena realização do homem, a concretização daquilo que ele deseja para sua vida, desde os âmbitos econômico e social, até o religioso e de lazer. O Direito Civil hoje empregado entre nós é a consolidação de uma série de conquistas para o Direito Privado que culminaram com o Código de Napoleão (o Código Civil francês, do início do século XIX) que surgiu ligado à idéia de liberdade individual como fruto de sua própria época (VENOSA, 2004, p. 78).

É a autonomia da vontade o meio jurídico que permite aos homens diferenciarem-se uns dos outros, pois, como bem dito por Darcy Azambuja (2008a, p. 182): “se fosse possível suprimir totalmente a liberdade dos indivíduos, a sociedade se tornaria um rebanho de escravos embrutecidos, de onde desapareceriam em breve os últimos vestígios da moral, do direito, da ciência, da arte, da civilização [...]”.

Ainda que se encontrem no Direito Civil as ditas normas cogentes (de ordem pública), ou seja, que não podem ser objeto de transação entre as partes, é ainda nesse campo do Direito onde estas encontram extenso campo para expandir sua vontade. Essa liberdade é concedida pelas normas dispositivas, que só são aplicáveis se as partes não desejarem dispor de forma contrária.

Nesses termos, pouco importa o fato de que o poder negocial (que é uma das explicações ou exteriorizações fundamentais da autonomia da vontade) seja um poder sujeito aos limites da lei, pois ele ainda dispõe de um campo muito largo para atuar. Ao contrário do que se possa imaginar, o processo é inverso: quanto mais se alargam as esferas da intervenção do Estado, através da edição cada vez maior de normas de natureza cogente, mais cresce a dos negócios jurídicos privados, muitas vezes como consequência daquelas (REALE, 2002, p. 180).

Com efeito, após a proposição (feita pela Constituição Federal de 1988) da implantação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, os valores e princípios constitucionais fundantes desse modelo tomaram nova relevância para o Direito. Todo o ordenamento jurídico começou a ser relido à luz desse novo propósito, em especial o Código Civil vigente à época, datado de 1916 e de sentido extremamente individualista.

Essa releitura foi feita, inicialmente, pela doutrina e jurisprudência, que cuidaram de adaptar as antigas normas (concebidas em uma sociedade extremamente contrastante com a dos anos 1990) retirando do centro das relações jurídicas privadas a propriedade e a autonomia da vontade, que perderam lugar para a dignidade humana e a promoção do ser humano; nesse instante de adaptação, veio a lume o Código Civil de 2002, ainda com os pés calcados no Estado Social, apesar de seus inúmeros avanços (FIÚZA, 2010, p. 76).

A exacerbação do individualismo que impregnava o Código Civil de 1916 não podia ser aceita em uma época de importantes mudanças sociais; em nome desse argumento, cada vez mais foi-se publicizando o Direito Privado, sendo hoje frequentes (mas muitas vezes não aceitas) as invasões do Estado na esfera de ação que anteriormente interessava apenas ao indivíduo e seus interesses particulares, acentuando-se as restrições à atuação da autonomia privada.

Dessa forma, o Direito Civil foi tomando a feição de algo concedido ou permitido pelo Estado, que chamou para si a propriedade dos meios de produção e limitou (quando não extinguiu por completo) a autonomia da vontade em nome da livre iniciativa, converteu a família em instituição a serviço de seus desígnios políticos ou ideológicos e reduziu ao mínimo (quando não suprimiu) o direito de testar (REALE, p. 361). Contudo, observa Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 75) que:

[...] tal fato não significa que haja tendência para o desaparecimento do direito privado. A todo momento os particulares criam novas relações jurídicas. Sua autonomia de vontade ainda tem e, esperamos, sempre terá campo de atuação, pois nela reside a liberdade do indivíduo, bem supremo que em um regime político que se diz democrático deve ser resguardado a qualquer custo. Esse fenômeno que os juristas chamam de publicização do direito privado é um fenômeno universal de socialização das relações jurídicas, da propriedade privada, do Direito, enfim.

Malgrado haja esse processo de socialização das relações jurídicas não é possível que, de uma forma totalitária, extinga-se a autonomia privada das relações jurídicas, num contrassenso inaceitável do que seja o verdadeiro Estado Democrático de Direito que, primando pela dignidade humana, tem na liberdade individual um de seus pilares.

### 1.3 A intervenção do Estado nas relações privadas



A existência do Estado justifica-se por ser ele o meio pelo qual o homem realiza seu aperfeiçoamento físico, moral e intelectual, sendo esta a razão pela qual o homem desfez-se de sua inteira liberdade para entregá-la a um organismo independente que fosse capaz de, além de satisfazer suas necessidades pessoais, exigir que essas necessidades fossem satisfeitas em um padrão de não ofensa a outrem, ou seja, de convívio social.

Assim, além de atuar para satisfação dos anseios individuais, entende-se que o poder conferido ao Estado deve sempre ser exercido com vistas ao alcance do bem público e Victor Cathrein (*apud* AZAMBUJA, 2008a, p. 146) definiu bem público como sendo o “[...] complexo de condições indispensáveis para que todos os membros do Estado – nos limites do possível – atinjam livremente e espontaneamente sua felicidade na terra.”

Já o próprio Darcy Azambuja (2008a, p. 146) buscou sintetizar o conceito de bem público em duas palavras: segurança e progresso. Ensina o autor que o Estado não é responsável e nem tem poder direto para criar a prosperidade material, a ciência e a moral, que são criações da alma humana. Adverte, dessa forma, acerca de que o domínio do Estado é temporal, sendo sua a atribuição de manter o equilíbrio e a harmonização da atividade do homem para que a liberdade de um não prejudique a dos demais. Em passagem louvável, Edmund Burke (1997, p. 89), tratando dos motivos e efeitos da Revolução Francesa de 1789, faz as seguintes considerações:

O Governo é uma invenção da sabedoria humana para atender às necessidades humanas. Os homens têm o direito a que essas necessidades lhes sejam satisfeitas por meio daquela sabedoria. Conta-se, entre elas, na sociedade civil, a necessidade de que se exerça suficiente constrangimento sobre as paixões. A sociedade exige não apenas que as paixões dos indivíduos sejam dominadas, mas também que, mesmo na massa e no conjunto bem como nos indivíduos, as inclinações dos homens sejam frequentemente contrariadas, sua vontade controlada, e suas paixões reprimidas. Isso apenas pode ser obtido através de um *poder independente dos indivíduos*; e, no exercício de suas funções, não sujeitos à vontade e às paixões, as quais, pelo contrário, eles têm o dever de restringir e subjugar. Nesse sentido, os direitos dos homens compreendem tanto as suas liberdades quanto as restrições que lhes são impostas. (grifos do autor).

Ao Estado incumbe, pois, o dever de garantir segurança para que, através do desenvolvimento pessoal (físico, moral e intelectual) o progresso de toda sociedade seja alcançado, num cenário de harmonia e equilíbrio das liberdades individuais (ora plenas e ora restritas), postos na medida necessária. Nesse diapasão, afirma Darcy Azambuja (2008a, p. 152) que: “dentro da norma ou princípio geral, que é nunca *suprimir*, mas *suprir* a iniciativa individual onde ela não existe e, onde existe, auxiliá-la, é que o Estado pode assegurar o bem comum no que diz respeito à realização do progresso e da civilização.” (grifos do autor).

Nesse contexto, até mesmo os direitos e garantias fundamentais que, aprioristicamente, podem ser pensados como absolutos seriam relativizados. É o que entende o Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, na voz do Ministro Celso de Mello, que assim ementou sua decisão:

E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...] OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.[...] (MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086).

Segundo o entendimento apresentado, o sistema das liberdades públicas pode sofrer restrições (de forma a preservar o interesse social e a convivência equilibrada das liberdades) sob a premissa de que nenhum direito, mesmo sendo fundamental, pode ser exercido em contraposição à ordem pública ou aos direitos de terceiros. O respeito tanto às liberdades quanto às suas limitações alcançam dimensões universais. Até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (da qual o Brasil é país signatário) em seu artigo XXIX, inciso 2 reconhece a limitação de alguns direitos e liberdades:

No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Daí infere-se, pois, que nem todos os direitos fundamentais são indisponíveis. A indisponibilidade se funda na dignidade humana que, sem contestação, está diretamente

vinculada à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre. Como nem todos os direitos fundamentais estão ligados a essa potencialidade, apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis, ou seja, aqueles direitos que intentem preservar a liberdade de tomar decisões sem coerção externa (BRANCO, 2009, p. 277).

Tais direitos indisponíveis formam o campo em que se permite a atuação da autonomia privada e da autodeterminação humana, o espaço onde o homem pode exercer o poder de escolher o que deseja realizar. E, a par dessa divisão, para que se alcance o limite ideal entre os dois universos, como afirma Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 312-313):

[...] é necessário que se realize uma ponderação entre o princípio da autonomia e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a idéia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade – o que, necessariamente, envolve a faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais, mas que também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações.

Apesar de garantir um espaço para a atuação livre e individual, o Estado tem cada vez mais adentrado nessa esfera, alargando as margens da disponibilidade de direitos, a pretexto de garantir a ordem pública e os bons costumes, através dos limites impostos à autonomia privada. O professor Francisco dos Santos Amaral Neto (1999, p. 26), abordando a questão da autonomia privada, em publicação da Revista CEJ às vésperas da aprovação do Código Civil de 2002, delineou os contornos desses dois conceitos (relevantes que são para o estudo da ingerência do Estado nas relações privadas) dizendo que:

Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes: a primeira, como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no Direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica; e os últimos, como conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios jurídicos como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc.

Destarte, pode-se dizer que a ordem pública “[...] é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar.” (RODRIGUES, 2007b, p.16) e que o conceito de bons costumes “[...] decorre da observância das normas de convivência, segundo um padrão de conduta social estabelecido pelos sentimentos morais da época” (GONÇALVES, 2009, p. 25).

Nos dias de hoje, é quase impossível separar o interesse público do interesse privado, já que a sociedade não reclama do Estado apenas a livre oportunidade de escolher, mas também deseja que ele, numa tarefa de sinergia, ampare seus interesses morais – a ordem pública – e garanta a observância das normas de convivência e os padrões de conduta sociais razoáveis para a época – os bons costumes. Como bem observado por Darcy Azambuja (2008a, p. 153-154):

O Estado liberal, não intervencionista, surgido da Revolução Francesa, durou pouco. Em breve deixou de restringir-se à manutenção da ordem e a contemplar displicentemente a concorrência e a luta entre os indivíduos. Estes, e mesmo os mais liberais, exigiram que ele se transformasse no Leviatã de Hobbes, que a todos protege... e depois devora. Foi erigido em Providência onipotente pelo fetichismo político do homem moderno, e incumbido não apenas de manter a ordem nas ruas, mas também de dar paz e conforto aos corações magoados e aos espíritos inquietos, saúde aos enfermos, alegria aos infelizes, ciência aos ignorantes, senso aos levianos. Não bastou mais que distribuisse justiça; teve também de distribuir pão, água, luz, música e notícias.

A tendência verificada nos Estados modernos, em razão dos extensos problemas que a civilização contemporânea atravessa e da impossibilidade ou inconveniência de entregá-los a soluções particulares, é alargar cada vez mais os limites de suas atribuições, determinando uma hipertrofia que acaba por constituir-se em fator primacial da crise que ele próprio atravessa. Como bem assinalado por Miguel Reale (2002, p. 223-224):

Em nenhuma época da história houve, como na presente, tanta migração de relações intersubjetivas do Direito Privado para o Público, como sinal alarmante da burocratização estatal da vida humana, o que é grave, pois as relações de Direito Público se caracterizam por enlases de *subordinação* ou *sujeição*, enquanto que as privadas se distinguem pela *coordenação* das vontades num plano de *paridade*. (grifos do autor).

Outrossim, a passagem do que é essencialmente privado para o domínio do Direito Público revela a dependência do indivíduo perante o Estado (que lhe é superior) para manter e gerir até mesmo as relações mais intimistas. A ingerência estatal é ainda mais visível consoante o modo pelo qual a observância dos direitos fundamentais, especialmente os direitos de defesa, está tomando relevo nas relações eminentemente privadas, restringindo ainda mais o círculo dos direitos indisponíveis de autodeterminação já comentados.

Uma nova visão sobre a força vinculante, a eficácia imediata dos direitos fundamentais e a sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas são fatores apontados por Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 309-310) em reforço à atual ideia de que os

princípios que informam os direitos fundamentais devem ter aplicação direta no setor privado. Assim, completa o autor: “[...] abriu-se a inteligência de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade.”

Esse fenômeno atual é conhecido por eficácia horizontal dos direitos fundamentais e tem por base a sua dimensão objetiva em relação ao ordenamento jurídico. Em sendo objetivamente considerados, os direitos fundamentais são princípios básicos da ordem constitucional e exprimem os valores comuns de uma sociedade em determinada época. Assim, participando da essência do Estado Democrático de Direito, devem informar todas as normas jurídicas, mesmo aquelas de cunho essencialmente privado.

O alcance horizontal dos direitos fundamentais contribui para a diminuição dos abusos cometidos nas relações privadas, como frequentemente acontecia nas relações trabalhistas, privadas por natureza, mas de uma repercussão social muito ampla. Nesta senda, Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 398-399) apropriadamente discursa:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, nas condições de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.

Através do reclame da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é que o Estado cumpre sua função de defender a liberdade dos indivíduos, não apenas contra sua própria atuação, mas naquelas situações em que os indivíduos são supostamente considerados em posição de igualdade entre si, sob evidente desproporção de poder social. Corroborando com esta posição, a Constituição Federal é expressa ao prescrever que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, sem fazer qualquer ressalva ao âmbito de aplicação desses direitos (artigo 5º, §1º, CF/88).

Como corolário da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, outro fenômeno desponta como símbolo da incidência do público sobre o privado: a constitucionalização do

Direito Civil. Isso se deve ao fato de que “o processo descentralizador do Direito Civil, nascido em um período de maior consciência democrática, tem na Constituição o seu sistema principiológico superior, estruturador da harmonia do conjunto” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008, p. 48). Em clara exposição, César Fiúza (2010, p. 118) afirma que:

Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam elas de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 311) a discussão torna-se mais acirrada quando se pode considerar que o princípio da autonomia da vontade encontra na Constituição a devida proteção para seus aspectos essenciais. Isso acontece quando a Carta Magna expressamente “[...] assegura uma liberdade geral no *caput* do seu art. 5º e reconhece o valor da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, da CF) – dignidade que não se concebe sem referência ao poder de autodeterminação.”

Em opinião mais severa, Venceslau Tavares Costa Filho (2009, p. 152-153) afirma que é impossível negar o “[...] processo histórico e jurídico que se traduz na perda de centralidade do código civil como vetor sistematizador do direito privado, pelo que a Constituição assume o papel de eixo central ou de elemento harmonizador do ordenamento.” E aponta, ainda, a necessidade de o intérprete da norma proceder a uma conexão axiológica entre as leis civis e os valores e princípios fundamentais da ordem pública contidos na Constituição, advertindo que “[...] disto exsurge o papel atribuído à constituição de elemento reunificador do direito privado, em vista da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil.”

A partir daí, verifica-se a nova visão firmada sobre as normas de Direito Privado. Antes se partia das individualidades civis para a socialidade constitucional, agora deve-se percorrer o caminho inverso para alcançar a melhor interpretação das normas de regência das relações privadas; observando-se o contexto delineado, torna-se cada vez mais difícil distinguir o que seja Direito Público e Direito Privado, conforme dispõe Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 9):

Malgrado o direito público vise proteger os interesses da sociedade e o direito privado busque assegurar, integralmente, a satisfação dos interesses individuais, tal critério se mostra insuficiente. Não se pode, com efeito, dissociar o interesse público do interesse privado, como se fossem antagônicos, mesmo porque, na maioria das vezes, torna-se difícil distinguir o interesse protegido. As normas não costumam atingir apenas o interesse do Estado ou do particular, mas entrelaçam-se e interpenetram-se. Destinam-se elas, em sua generalidade, à proteção de todos os interesses. Os dos particulares são também de natureza pública, tendo em vista o bem comum, e vice-versa.

Eis a razão pela qual hoje em dia fala-se numa terceira categoria de Direito: o Direito Misto, na qual é possível observar um conjunto de normas marcadas pela coexistência de características de Direito Público e de Direito Privado, regulando as relações entre grupos sociais e não as relações entre Estado e administrados.

Apesar de ser contra essa nova categoria, Dimitri Dimoulis (2010, p. 258-259) aponta quatro tendências de evolução do Direito que justificam o seu aparecimento: a publicização do Direito Privado, com uma forte intervenção do Estado impondo severas limitações à atuação dos particulares, procedida desde o início do século XX; a privatização do Direito Público decorrente da crise do Estado social dada a partir dos anos 1980, com a entrega de vários serviços públicos essenciais à exploração pelo setor privado devidamente acompanhada de uma diminuição das regulamentações postas em vários campos da atividade econômica; a assunção de tarefas de interesse público por Organizações Não Governamentais; e, por fim, a existência de ramos do Direito cujas características não permitem distinguir entre interesses públicos e privados.

O exemplo mais claro de que se dispõe, relativamente a esses ramos ditos mistos, é o do Direito de Família, pois, conforme exposto por Maria Helena Diniz (2007, p. 252): “não há tema de índole mais individual do que o casamento; entretanto, não há, também, assunto de maior relevância para a sociedade do que a estabilidade familiar.” A estatização das relações familiares é uma das transformações que se operam nessas relações no último século, manifestadas pela tendência de publicização dessa disciplina, pautada em essência no mais intenso privatismo que, hoje, sofre violenta ingerência do Estado (Carbonnier *apud* LEITE, 2005, p. 33).

Com efeito, tamanha se faz a intervenção estatal no Direito de Família, que Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 1425) chega a classificar como inovador (para não dizer revolucionário) o capítulo da Constituição Federal de 1988 que trata da família: “[...] um terreno que no passado estava entregue, quase por inteiro, à livre discricção dos seus integrantes, com destaque para a figura paterna, na condição de chefe e condutor dos que

gravitavam ao seu redor”. Para Paulo Dourado de Gusmão (2005, p. 204), essa interferência pode ser justificada em sendo o Direito de Família norteado pelo interesse social, pois que a família é:

[...] o grupo básico da organização social, em que a criança desenvolve-se, forma a sua personalidade e em que são transmitidos os costumes e os valores às novas gerações, mantendo-os, assim, vigentes, o direito que a tem por objeto é dominado pelo interesse social, motivo por que é direito misto, porquanto não é só governado pelo interesse individual, isto é, dos cônjuges, dos companheiros e dos pais, mas também pelo interesse público.

Por tais motivos é que o constituinte originário e reformador tratou de inserir normas cogentes sobre Direito de Família no texto constitucional, que regulam desde a natureza do casamento, seus modos de constituição e dissolução, o reconhecimento de outras formas de união civil, bem como a igualdade de direitos entre os cônjuges e as formas reconhecidas de entidade familiar (artigo 226, CF/88).

Em que pese a imbricação das normas de Direito Público e Direito Privado, surgida em decorrência do alargamento das competências entregues ao Estado, é preciso que se medite sobre a advertência feita por César Fiúza (2010, p. 120):

Deve-se ter enorme cuidado, porém, para, em nome da dignidade humana, do interesse público ou da função social de algum instituto, não se admitir intervenções arbitrárias no domínio da autonomia privada, da liberdade de agir e empreender, de ter, de pensar e de se expressar, de ir e vir, de ensinar, de publicar onde se quiser, de casar ou não casar, de ser como se é, independentemente da maioria. Enfim, não podemos, em nome de valores, abrir mão de outros valores, talvez tão ou mais caros porque conquistados historicamente com muito sangue, suor e lágrimas. Esse é o caso da liberdade, da autonomia de ser. Há que ter cuidado e não cair na ditadura da dignidade, da função social, do politicamente correto, do interesse público, dos direitos das minorias ou das majorias. Tudo há de ser sopesado com boa dose de bom senso e, sobretudo, com muito amor à liberdade, que, afinal de contas, é o alicerce da dignidade!

Dessa forma, em boa medida, faz-se necessário que no exercício dos seus direitos os indivíduos levem sempre em consideração o poder de autodeterminação conquistado através dos séculos (não obstante as interferências que o Estado vem praticando na esfera privada), estando sempre baseados no elemento essencial da dignidade humana, tão protegido pelo mesmo Estado: a liberdade. O princípio da autonomia da vontade, por sua vez, figura como corolário dessa liberdade no âmbito das relações civis, mas também sofre mitigações em alguns seguimentos (embora não se anule) nos quais o legislador achou necessário intervir para proteger e resguardar interesses que julgou dignos de sua proteção, como é o caso das normas que regem o Direito de Família.



## **2 A AUTONOMIA DA VONTADE E AS RELAÇÕES DE FAMÍLIA**

É certo que a lei, como ferramenta de equilíbrio da sociedade, deve alcançar desde as relações mais íntimas até àquelas que importam mais diretamente à ordem social, daí a pertinência da divisão das normas jurídicas em normas de Direito Privado e de Direito Público. Nesse diapasão, a pluralidade dos fatos sociais entrega à lei o dever de regulá-los, sendo razoável dizer que os fatos são a razão de ser do surgimento das leis. Assim é que nem mesmo o amor (sentimento que mais está adstrito à esfera individual) escapa à ingerência do Direito, tratando o legislador de regulamentar, deveras, as suas consequências.

Dada a vastidão do universo dos fatos jurídicos, que compreende desde eventos naturais com consequências apreciadas pelo Direito até as ações humanas lícitas e ilícitas (oriundas de uma manifestação de vontade finalística), bem como os atos desprovidos desta mesma vontade, mas que surtem efeitos pré-determinados pela lei, é que se mostra conveniente estudar a sua classificação, para que se trace os caracteres capazes de descrever o liame entre a autonomia da vontade e as relações de família.

### **2.1 Dos fatos jurídicos em sentido amplo**

A classificação dos fatos jurídicos (em sentido amplo), tal como ocorre em quase todos os institutos do Direito, não apresenta unanimidade entre os doutrinadores. Além das razões individualmente expostas para tanto, a ausência de participação do legislador no estabelecimento de conceitos claros sobre os institutos do Direito é um fator de desajuste posto nos entendimentos doutrinários.

O processo lógico que determina a juridicidade de um fato revela que as relações jurídicas decorrem de relações sociais que, por sua vez, derivam da sociabilidade humana, visto que o ser humano, social por natureza, não basta a si mesmo, necessitando da convivência para se realizar, a partir das mais variadas motivações sejam de ordem afetiva, econômica, religiosa, cultural, científica, entre outras (NADER, 2008, p. 294-295). O Direito então permeia essas áreas para tornar possíveis esses processos de interação, convertendo em jurídicas um leque de relações sociais condizentes com princípios morais dos mais elevados,

com o fito de manter a paz social. Esses fatos que interessam ao Direito regular são os fatos jurídicos ou fatos jurídicos, assim definidos, nas palavras de Dimitri Dimoulis (2010, p. 230):

*Tudo aquilo que interessa ao direito e a seus operadores constitui fato jurídico. Podemos, assim, definir o fato jurídico como qualquer ocorrência da vida real que recebe qualificação jurídica. Em outras palavras, são considerados fatos jurídicos todos os acontecimentos que interessam ao ordenamento jurídico, sendo regulamentados por este e, principalmente, associados a consequências jurídicas. (grifos do autor).*

Nesse diapasão, é que até mesmo fidelidade e infidelidade conjugais, investigação de paternidade, proibições e impedimentos para o casamento, dentre outras questões íntimas, são âmbitos de frequente manifestação do Direito, revelando situações e consequências por ele mesmo delineadas (GARCEZ NETO, 2000, p. 200).

Em sentido amplo, a expressão fato jurídico engloba todos os eventos (provindos da atividade humana ou decorrentes de fatos naturais) capazes de influenciar a órbita do Direito, seja por criarem, transferirem, conservarem, modificarem ou extinguirem relações jurídicas (RODRIGUES, 2008, p. 155-156); porque tidos como fatos indistintamente considerados bem capazes de gerar direitos subjetivos.

De acordo com os ensinamentos de Dimitri Dimoulis (2010, p. 230-231), os quais se destacam pela simplicidade e suficiência na compreensão, os fatos jurídicos são classificados em: fato jurídico em sentido estrito, ato jurídico, relação jurídica e negócio jurídico, apontando-se como elemento diferenciador a participação da vontade humana na produção dos seus efeitos.

O fato jurídico (em sentido estrito) é caracterizado justamente pela ausência de atuação humana. Ele ocorre toda vez que um evento natural, ordinário ou extraordinário, produz consequências relevantes para o Direito, ou seja, transmuda-se de natural para jurídico. Na concepção de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 300) “os fatos jurídicos ordinários são fatos da natureza de ocorrência comum, costumeira, cotidiana: *o nascimento, a morte, o decurso do tempo.*” (grifos dos autores). Já os extraordinários são caracterizados por serem inesperados ou imprevisíveis (caso fortuito) e, em outras hipóteses, inevitáveis, como a força maior.

Outrossim, somente o fato jurídico em sentido estrito prescinde da atuação humana; nos demais a presença do elemento vontade (e a forma com que atua) distingue uma categoria da outra. Porém, tratando acerca da vontade humana, é preciso que se considere a advertência feita por Dimitri Dimoulis (2010, p. 233):

O termo “vontade humana” deve ser entendido aqui em sentido muito amplo. A vontade de um sujeito de direito não se manifesta somente por meio de formas públicas e solenes, como o famoso “sim” do casamento ou a assinatura de um contrato. Para termos manifestação de vontade basta verificar qualquer conduta humana ativa ou omissiva, explícita ou implícita. Em outras palavras, o ato jurídico é um produto da *conduta humana* sem que seja necessária a manifestação de uma concreta e explícita vontade. (grifos do autor).

Os atos jurídicos inauguram a categoria dos fatos que se caracterizam pela atuação humana, porém não é necessário que o agente tenha desejado ou previsto os resultados de sua conduta. As consequências por ele geradas são definidas em lei (e não desejadas pela vontade de quem o pratica), pois que a vontade está em produzir o ato; dos seus efeitos a lei se encarrega. Como bem explanado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 303):

Neste tipo de ato, não existe propriamente *uma declaração de vontade manifestada com o propósito de atingir, dentro do campo da autonomia privada, os efeitos jurídicos pretendidos pelo agente* (como no *negócio jurídico*), mas sim um *simples comportamento humano deflagrador de efeitos previamente estabelecidos por lei*. (grifos dos autores).

Nesse diapasão, apesar de não dispor de liberdade na determinação dos efeitos oriundos de seu comportamento, o agente manifesta livremente sua vontade de praticar o ato e, assim procedendo, faz gerar consequências (indesejadas) decorrentes da lei. Dentre esses efeitos, pode nascer uma relação jurídica, terceira categoria de fatos jurídicos, onde, expondo acerca do liame posto entre a norma e a relação jurídicas, Miguel Reale (2002, p. 215) discorre:

A regra jurídica pode ser vista, mas só por abstração, como uma cobertura protetora da conduta humana e dos processos de sua estruturação e garantia. Poderíamos dizer, apenas para facilitar a exposição, que as normas jurídicas projetam-se como feixes luminosos sobre a experiência social: e só enquanto as relações sociais passam sob a ação desse facho normativo, é que elas adquirem o significado de “relações jurídicas”. (grifo do autor).

Assim como acontece com o ato jurídico, a norma seleciona aquelas relações que merecem sua apreciação, a quais podem ser definidas como “[...] relação social que se realiza entre sujeitos de direito (pessoas físicas ou jurídicas) ou assemelhados (entes despersonalizados), sendo regulamentada por meio de normas jurídicas.” (DIMOULIS, 2010, p. 236). Em outras palavras, a relação jurídica consiste em um vínculo firmado entre dois ou

mais sujeitos de direito, segundo formas que são previstas pelo ordenamento jurídico e geram direitos e/ou obrigações para as partes.

De acordo com tais concepções, dois são os requisitos para que exista uma relação jurídica: a formação de um vínculo entre duas pessoas e a correspondência desse vínculo a uma hipótese normativa, de modo que, no plano da existência, surjam consequências obrigatórias definidas em lei (REALE, 2002, p. 216). Na opinião de Savigny, comentada por Paulo Nader (2008, p. 295), os elementos da relação jurídica seriam a relação social (elemento material) e as regras jurídicas sobre ela incidentes (elemento formal). Além destes, o comentarista acrescenta um terceiro elemento (2008, p. 297):

Além dos elementos material e formal, a relação jurídica é integrada por objeto, pelo qual o sujeito passivo deve garantir um bem ao sujeito ativo e pode consistir em uma conduta, omissiva ou comissiva, ou em uma prestação. Nas relações matrimoniais, por exemplo, há relações jurídicas múltiplas. Em algumas a prestação consiste em conduta omissiva, como no dever de fidelidade; em outras, a conduta é comissiva, como no dever de mútuo amparo. Há prestações que são de ordem material, como no dever de prestar alimentos.

Em razão desses elementos – relação social, regra jurídica disciplinadora e dever de conduta – justifica-se a inserção da relação jurídica como uma subcategoria dos fatos jurídicos: determinado evento (fato jurídico) cria uma relação entre sujeitos de direito, e pelo menos uma das partes da relação pode exigir da outra determinada conduta (DIMOULIS, 2010, p. 237). Com isso quer-se afirmar que a relação jurídica pressupõe a ocorrência de eventos sociais ou naturais que recebem uma qualificação jurídica (tornando-se fatos jurídicos), permite ao operador jurídico avaliar acontecimentos reais (impondo sanções em caso de descumprimento) e orienta as pessoas, induzindo-as a adotar ou evitar determinados comportamentos.

Como bem se pode avaliar, tanto os sujeitos, quanto o vínculo e o objeto da relação jurídica são definidos por normas jurídicas, sendo este o traço distintivo dessa espécie de fato jurídico em relação ao negócio jurídico que, apesar de conter os mesmos elementos, difere em razão do direcionamento da vontade dos agentes para produção de efeitos desejados. A partir daí se nota que a relação jurídica é definida pela lei, já o negócio jurídico só ocorre se as partes assim o desejarem.

Com efeito, o negócio jurídico decorre da manifestação volitiva do agente, que deseja alcançar os resultados que advirão de sua ação, isto é, a vontade das partes atua no sentido de obter os efeitos pretendidos; sem embargo, os negócios jurídicos abrangem a vida civil, na

plenitude de suas manifestações: adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (MONTEIRO e PINTO, 2009, p. 219-220).

No discurso que elabora sobre a atuação da vontade nos negócios jurídicos, César Fiúza (2010, p. 202) consigna que “a vontade, condicionada à satisfação das necessidades ou desejos, é a principal fonte de efeitos. Trocando em palavras mais claras, negócios jurídicos são atos destinados à produção de efeitos jurídicos, desejados pelo agente e tutelados pela Lei.” Nesta esteira, o autor define negócio jurídico como “[...] toda ação humana combinada com o ordenamento jurídico, voltada a criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, cujos efeitos vêm mais da atuação individual do que da Lei.”

Muito antes de ser, exclusivamente, considerada um elemento do negócio jurídico, a vontade é questão antecedente, é um pressuposto do próprio negócio que pode interferir em sua validade, em sua eficácia, ou até mesmo na sua própria existência, sem que a vontade sequer tenha existido (VENOSA, 2008a, p. 420). Por ser o centro do negócio jurídico, a existência de manifestação de vontade legítima lhe dá origem, sendo o seu conteúdo determinado pelos agentes e, talvez indiretamente, resultante de lei. Miguel Reale (2002, p. 224) aponta dois elementos singularizadores do negócio jurídico, a saber: *a*) uma declaração de vontade que instaura uma situação jurídica capaz de produzir efeitos externos perante seu autor; *b*) a subordinação dos efeitos dessa situação às cláusulas e condições constantes da declaração por ele feita.

A atribuição de efeitos à declaração de vontade emitida por particular para constituir, modificar ou extinguir determinados tipos de relações jurídicas (os quais podem mostrar-se totalmente diversos daqueles previstos em lei) revela o reconhecimento da autonomia da vontade pelo ordenamento jurídico do país (nos limites e em função do interesse social). Esta característica os diferencia dos atos jurídicos em sentido estrito, pois que nestes a vontade do agente não é tão importante quanto nos negócios jurídicos, já que nos primeiros os efeitos nascem da própria lei, independentemente da vontade do agente.

Os elementos essenciais à validade do negócio jurídico dividem-se em gerais (comuns a todos eles) e particulares (verificáveis em determinadas espécies): os gerais estão dispostos no artigo 104 do Código Civil de 2002, o qual preceitua que a validade do negócio jurídico depende de ser-lhe o agente capaz, o objeto lícito e possível, determinado ou determinável e a sua forma prescrita ou não defesa em lei; por outro lado, os elementos particulares concernem à forma do ato, que pode ser livre ou estritamente prescrita em lei, já que em muitos atos a forma é essencial, tal como sucede no casamento, que há de ser realizado com estrita observância de todo o formalismo prescrito em lei. (MONTEIRO e PINTO, 2009, p. 223).

A função social é um fundamento dos negócios jurídicos em geral e, em especial, dos contratos (maior expoente dessa espécie de fato jurídico), mas não o único; com efeito, ao lado da função social (e talvez até antes) os interesses pessoais motivam a formação de novos negócios. Como dito por Paulo Nader (2008, p. 300) “[...] cada pessoa tem seus anseios e destino a cumprir e para atendê-los convive e pratica negócios jurídicos, celebrando contratos das mais variadas espécies. A atuação de cada um deve estar condicionada aos interesses da sociedade e ser exercida nos limites da lei.”

Os negócios jurídicos familiares bem ilustram o dualismo posto entre o interesse pessoal e o interesse da sociedade, já que a mesma tende a buscar a ordem pública e os bons costumes para se manter equilibrada. Tanto é assim que o Direito de Família, apesar de conter-se em norma objetiva, possui forte conteúdo moral e ético, que chega – há quem diga (VENOSA, 2008b, p. 1-2) – a tornar secundárias as relações patrimoniais nele contidas, haja vista que são absolutamente dependentes da compreensão ética e moral da família. Em razão deste dualismo, vigora a tendência de julgar impossível a afirmação da autonomia privada (elemento fundante do negócio jurídico) no Direito de Família.

## 2.2 O antagonismo posto entre a autonomia da vontade e o Direito de Família

Como é cediço, todo fato jurídico (em especial o fato humano voluntário) tem uma finalidade que pode ser determinada pela própria legislação ou delineada por iniciativa dos sujeitos. A finalidade é, por isso, a razão justificadora do fato jurídico: por vezes se refere à vontade dos sujeitos que o realizam (como nos negócios jurídicos) e, em outras, ao fato em si, enquanto situado num contexto social juridicamente relevante (atos jurídicos em sentido estrito).

A razão justificadora é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e, por vezes, também psicológica, como acontece nos negócios jurídicos familiares de conteúdo não patrimonial. Em todas essas situações, contudo, é o poder de iniciativa e de impulso do agente (por vezes livre, outras imposto) que caracteriza seus atos e atividades.

Os fins definidos pela lei se impõem como regra de conduta obrigatória, por imperativo de convivência social. Nesse caso, a norma jurídica dirige-se à vontade individual, vinculando-a e impondo deveres de conduta exterior aos sujeitos. Em consequência, dá origem a pretensões formuladas pelos demais, constituindo verdadeira fonte de direitos e

obrigações. De outro modo, os fins estabelecidos pela vontade das partes são justificados pela autonomia privada, definida nas palavras de Pietro Perlingieri (2007, p. 17) como “[...] o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.” Na explicação de Paulo Nader (2008, p. 298):

O princípio da autonomia da vontade, amplamente aplicado nos domínios do Direito Privado, consiste na liberdade da prática de negócios jurídicos. As pessoas naturais e as jurídicas possuem o chamado *poder negocial*, que gera normas jurídicas individualizadas, que vinculam os participantes. Aplica-se na matéria a *norma de liberdade*, segundo a qual *tudo o que não for legalmente proibido, juridicamente é permitido*. (grifos do autor).

Ainda uma vez se nota que o princípio da legalidade traduz um meio de efetivação das liberdades individuais, que tomam corpo através da autonomia privada, a qual espelha o reconhecimento do Estado de que o indivíduo possui (antes por natureza e depois por direito) a liberdade de escolher aquilo que almeja fazer e o modo pelo qual deseja atingir seus objetivos, desde que não contradigam as determinações da lei. Apesar da ideia pura de total liberdade restar banida do contexto social de sustentabilidade vivenciado atualmente, ainda é na manifestação da vontade livre e desimpedida que se encontra a essência da autonomia da vontade, sendo retrógrado aceitar que o intervencionismo do poder estatal elimine um mínimo de vontade presente nos negócios jurídicos, sob pena de que se extinga uma legítima expressão da liberdade individual (VENOSA, 2008a, p. 350).

A ideia geral que se faz da autonomia da vontade circunda a idealização de uma liberdade que permite a todos os indivíduos, envolvidos numa atividade comum, deliberar sobre as regras a serem aplicadas. Apesar da sua difícil verificação na história, a idealização da autonomia da vontade como um princípio que invoca o usufruto de liberdades ilimitadas nos negócios jurídicos pode justificar-se no conteúdo de um outro princípio: o liberalismo econômico. Sob a égide da autonomia da vontade é que, durante muito tempo, as condutas mercantis transmudaram-se em regras jurídicas, refletindo uma imagem meramente econômica desse princípio (PERLINGIERI, 2007, p. 17).

Contudo, apesar de constituir-se num princípio eminentemente contratual, a autonomia da vontade alcança fronteiras mais amplas, haja vista que participa da essência dos negócios jurídicos (categoria de fatos jurídicos da qual o contrato é apenas uma espécie) e embasa tanto aqueles de conteúdo patrimonial quanto os demais. Nesse ponto, é cabível diferenciar

autonomia da vontade de autonomia privada, com o auxílio de Francisco Amaral (2003, p. 347), que explica:

[...] quando nos referimos especificamente ao *poder* que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal. (grifo do autor).

Pelo sobredito, vê-se que a autonomia da vontade mostra-se mais ampla e figura como instrumento de verificação e viabilização do exercício da liberdade individual (diga-se, do poder de autodeterminação) na esfera das relações civis. Sob outra ótica, Bruno Torquato de Oliveira Naves (2010, p. 84) acredita que o termo autonomia privada apenas substituiu o termo autonomia da vontade, para retirar-lhe a carga individualista e liberal característica. Ele ensina que ao Direito não incumbe a análise das causas intrínsecas da vontade do sujeito (o conteúdo da consciência interna do agente), sendo suficiente analisar a sua manifestação, em termos objetivos, sob o critério da boa-fé.

Para César Fiúza (2010, p. 412-413), autonomia da vontade e autonomia privada se distinguem, pois que na primeira ocorre um fenômeno meramente volitivo, donde as pessoas contratariam simplesmente por desejo. Na sua concepção, isso não ocorre quando a vontade do agente é induzida por fatores externos ou por necessidades que dizem respeito aos motivos contratuais. Assim, no âmbito contratual o máximo que se pode observar é a autonomia privada, ou seja, o poder de impor normas de conduta, uma vez que a vontade é sempre condicionada por necessidades e desejos diversos. Para o autor (2010, p. 202), dá-se a substituição do dogma absoluto liberalista da autonomia da vontade pela autonomia privada, enquanto “[...] auto-regulação de interesses privados, dentro da concepção de que estes interesses são parte de um todo socioeconômico, merecedor de tutela do Estado, em defesa da dignidade e da promoção do ser humano.”

Bruno Torquato de Oliveira Naves (2010, p. 85) pondera que a autonomia privada constitui-se da relação interativa entre uma autonomia crítica e uma autonomia de ação. O mesmo autor, conceituando-as, assevera que:

A autonomia crítica é o poder do homem de se compreender e compreender o mundo à sua volta, ou seja, é o poder de avaliar a si e o mundo, estabelecendo relações a partir de seus pré-conceitos. A autonomia de ação é o poder de estabelecer dado comportamento, portanto, determinada pela compreensão do mundo, isto é, pela autonomia crítica.



Vê-se, pois, que a autonomia privada é constituída por dois processos: o primeiro faculta ao agente perceber o ambiente no qual está inserido e avaliá-lo livremente, de molde a formar suas convicções; o segundo leva o agente a tomar decisões e se relacionar com tal ambiente, de acordo com as convicções fixadas. Isso porque: “autonomia não é autossuficiência, mas relação com os outros e consigo mesmo. É processo consciente de justificação de deliberações. Conceito que se forma na história e pela história.” (NAVES, 2010, p. 86). Note-se que essa é a faceta interna da autonomia privada; externamente, esse poder é exercido em quatro planos, muito bem delineados por César Fiúza (2010, p. 406):

1º) Contratar ou não contratar. Ninguém pode ser obrigado a contratar, apesar de ser impossível uma pessoa viver sem celebrar contratos. 2º) Com quem e o que contratar. As pessoas devem ser livres para escolher seu parceiro contratual e o objeto do contrato. 3º) Estabelecer as cláusulas contratuais, respeitados os limites da Lei. 4º) Mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato, que, uma vez celebrado, torna-se fonte formal de Direito.

Em sendo um dos princípios norteadores da formação dos contratos, a autonomia privada faculta às partes a liberdade de contratar ou não, de escolher com quem contratar, fixar o objeto da avença ou escolher dentre aqueles previstos em lei e, ainda, exigir o seu cumprimento pelas vias judiciais. Nesse diapasão, é forçoso observar que ninguém é obrigado a se ligar contratualmente, só o fazendo se assim lhe aprouver.

Entrementes, faz-se necessário afirmar que o campo de exercício da autonomia privada restringe-se àquele em que preponderam as normas legais dispositivas, que só vigoram no silêncio do interessado, podendo até ser suplantadas pelo ajuste diverso dos contratantes. Em contrapartida, sabe-se que quando as normas expressarem princípios cogentes a autonomia privada não poderá derogá-las, haja vista que interessam diretamente à estrutura da sociedade ou à política vigente à época (RODRIGUES, 2007a, p. 16). Por essa razão, é comum pensar que a autonomia privada não tem aplicação nos negócios jurídicos não patrimoniais (como no casamento, por exemplo), os quais traduzem um cenário de típica verificação de normas cogentes. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 28):

O fato de pertencer ao ramo do direito privado não quer dizer que as normas componentes do sistema sejam todas de cunho individual. Assim, no próprio Direito de Família, especial ramo do Direito Civil, várias de suas normas são cogentes, de ordem pública, inderrogáveis pela simples vontade das partes (como as referentes ao casamento, ao estado de filiação etc.).

Em posição antagônica, opina Bruno Torquato de Oliveira Naves (2010, p. 94): “contrariamente a alguns autores, entendemos a autonomia privada como princípio geral do Direito Privado, aplicável a situações patrimoniais e existenciais.” Nesses termos, tem-se como baluarte dessas últimas situações as relações familiares, as quais não deixam de ser privadas, malgrado sejam regidas por normas de ordem pública. A celeuma que se estabelece, pois, gira em torno da diversidade de sentido que se pode atribuir ao termo público, como salienta Miguel Reale (2002, p. 131):

A expressão de ordem pública tem trazido, infelizmente, várias confusões. O emprego do adjetivo “pública” leva, às vezes, alguns espíritos a confundir essas regras com as de Direito Público, que é aquele que rege as relações sociais em que, de maneira imediata, prevalece o interesse da coletividade. (grifo do autor).

Nas relações de família (como em todas as outras relações de Direito Civil) deve prevalecer o interesse individual, sendo o interesse da coletividade apreciável apenas de maneira reflexa, sob pena de se entregar à sociedade a direção de um organismo criado em razão da necessidade intrínseca ao homem de se relacionar, numa completa demonstração de incapacidade em administrar as próprias relações interpessoais. A proteção constitucional da família igualmente não deve importar na sua publicização, conforme assegura Pietro Perlingieri (2007, p. 243-244):

A família como formação social, como “sociedade natural”, é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa. A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. (grifos do autor).

Outrossim, na história de toda civilização (seja ela ocidental ou oriental) a família sempre foi tida como base da estrutura social, a fórmula primeira utilizada para a organização de grupos. Por tal razão afirma-se, sem embargo, que na família se amparam as raízes morais da sociedade e que, em razão dessa posição fundante, o Estado tem interesse na sua preservação, suficiente para justificar uma interferência que assegure o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais (RODRIGUES, 2007b, p. 5). Em suma, é a função serviente da família (e de qualquer outra formação social) que explica o papel da intervenção do Estado na comunidade familiar, objetivando o respeito ao valor da pessoa na vida da comunidade familiar (PERLINGIERI, 2007, p. 246).

Não fosse suficiente o interesse do Estado na sua preservação, outra ideia que conduz à tentativa de retirar o Direito de Família do Direito Privado é a de que não se deve restringir a proteção da pessoa e a afirmação de seus direitos subjetivos, primando por uma condução totalmente privada da família, razão pela qual se observa a proeminência de normas cogentes. Porém, o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 3) é suficiente para afastar tal ideia, firmando que “a penetração dos princípios de ordem pública não é estranha aos demais compartimentos jusprivatísticos. E nem por isso o Direito Civil se publiciza todo, ou se extingue como Direito Privado.” Continua dizendo o autor (2006, p. 32):

É certo que não se trata de relações idênticas às demais do Direito Privado, e se o afirmássemos incorreríamos em justificada crítica. Não se pode negar que alguns institutos que se desenvolvem no Direito Civil não suportam a transposição para o Direito de Família sem mudanças profundas, ou, ao menos, sem determinadas ressalvas quanto à técnica de aplicação [...].

Embora seja recorrente a tendência de sua publicização, a proteção que o Estado confere à família através de suas normas constitucionais (tutelando direitos e deveres dos indivíduos) demonstra tão somente a importância que lhe denota, face ao reflexo que ela projeta na sociedade. Com efeito, ainda que o Direito de Família seja regido por normas de natureza pública (necessárias que são à proteção do organismo familiar) insere-se no Direito Privado, vez que as relações por ele disciplinadas se dão entre particulares e, como todas as outras relações privadas, estão carregadas de individualismo e subjetividade. É o que assevera Maria Alice Zaratin Lotufo (2002, p. 23-24):

Os direitos de família são direitos subjetivos, em regra, extrapatrimoniais, de natureza personalíssima, sendo, portanto, irrenunciáveis, intransmissíveis e intransferíveis, pois se ligam à pessoa do seu titular, que deles não pode se desfazer, nem submetê-los a condição ou termo. [...] As relações de família, embora envolvam direitos e interesses que são protegidos pelo Estado, acontecem entre os particulares, no próprio grupo familiar, não importando que a maioria das normas que as circundam seja cogente e de natureza estatutária. Não se pode desconsiderar que as relações nascem de atos de vontade e interessam diretamente aos particulares, que são as partes envolvidas, e só indiretamente devem interessar à sociedade.

Sílvio de Salvo Venosa (2008b, p. 11) entende que a inclusão do Direito de Família no Direito Público significa a preparação do terreno para um intervencionismo detestável do Estado na vida íntima, como já vem acontecendo em muitos outros casos hodiernos, por isso afirma: “não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre.” Nesse diapasão, entende-se

que a intervenção do Estado na família deve proceder-se de forma indireta e apenas quando for essencial para sua própria estrutura, pelo que Orlando Gomes (1999, p. 7) admoesta:

As relações de família travam-se, realmente, entre particulares. Os direitos e deveres que compreendem exprimem interesses que, embora tutelados pelo Estado e sujeitos a sua fiscalização e controle, são de ordem individual. À vista da importância que a organização da família tem para a comunidade, o Estado restringe a autonomia privada, limitando o poder da vontade dos indivíduos, mas com essa intervenção não sacrifica o propósito primeiro da disciplina, que é o de propiciar e fomentar o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos [...] O fato de incluir-se entre os deveres do Estado, nas Constituições contemporâneas, a proteção da família não deve ser interpretada no sentido de que é instituto de direito público, ou que deve ser regulada pelos seus critérios técnicos-jurídicos.

A preocupação com a intervenção do Estado na intimidade da família transparece no próprio texto do Código Civil de 2002. O artigo 1.513 do diploma civil proíbe expressamente a interferência de qualquer pessoa de Direito Público ou Privado na comunhão de vida instituída pela família. Tal proibição, consagrando a imunidade da intimidade familiar, igualmente separa as relações pessoais e as patrimoniais havidas dentro do Direito de Família: as primeiras são essencialmente individuais e subjetivas, e as segundas de fundo econômico. A partir daí, não é estranho afirmar que, sob o aspecto pessoal das relações familiares, o princípio da autonomia da vontade há de ser observado e protegido, no sentido de que traduz o reconhecimento (dado pelo direito positivo) acerca da possibilidade de se praticar atos jurídicos a fim de produzir certos efeitos. Mais ainda, vê-se que no aspecto patrimonial até mesmo a face contratual do princípio da autonomia da vontade (a autonomia privada) aplica-se ao Direito de Família.

### 2.3 Sobre a natureza jurídica do casamento e os elementos negociais a este aplicáveis

É cediço que hoje o Direito reconhece e protege variadas formas de família que não são fundadas no casamento, desde as uniões estáveis até aquelas que se classificam como monoparentais. Porém, embora constituam instituições distintas (e é preciso que se tenha atenção quanto a essa distinção) se reconhece que, tradicionalmente, do casamento se origina a família e que ele serve de parâmetro para a distinção entre os modelos existentes de

agrupamentos familiares. O casamento é, ainda, a fonte de onde emanam as normas basilares do Direito de Família, por ser preexistente a qualquer modelo jurídico que defina a família.

Somente nos últimos séculos (XIX e XX) é que o Direito aperfeiçoou o caráter temporal do casamento, inserindo-o nas codificações como baluarte da família. Destarte, qualquer tentativa de definição de casamento sofrerá, ao longo do tempo, alteração significativa, espelhada nas modificações sofridas pela própria família e pela sociedade. Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 52-53) registra tal fenômeno da seguinte forma:

É óbvio que a noção conceitual de casamento não pode ser imutável. As idéias que convinhavam ao povo hebreu do Velho Testamento, que satisfaziam o grego, que agradavam aos romanos, que vigiam na Idade Média, e mesmo as que predominavam no Século XX – já não atendem às exigências da nossa geração, que assiste a uma profunda transformação social, do político e do econômico. E sendo a família um organismo em lenta, mas constante mutação, o casamento que a legitima há de afeiçoar-se às condições ambientes e contemporâneas.

Em definição simples e atual “[...] casamento é a união estável e formal entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família.” (FIÚZA, 2010, p. 965), mas quanto à sua natureza jurídica, três correntes acreditam poder explicá-la: a primeira delas remonta ao Direito Canônico (fonte histórica do Direito de Família) que define o casamento não apenas como um sacramento, mas como um contrato natural, decorrente da natureza humana (LEITE, 2005, p. 28). O racionalismo jusnaturalista do século XVIII acolheu essa concepção, positivada no Código Civil francês de 1804, o qual serviu de inspiração para a codificação civil nacional do século XX (PEREIRA, 2006, p. 57-58).

Já a corrente contratualista fundamenta-se, sucintamente, na compreensão de que o casamento existe a partir da declaração convergente de vontades livremente manifestadas com o fim de obter finalidades jurídicas, numa a definição simplificada de contrato. De acordo com esses preceitos, “[...] o casamento tinha caráter de perpetuidade com o dogma da indissolubilidade do vínculo, tendo como finalidade a procriação e criação dos filhos. A desvinculação do matrimônio da Igreja abriu caminho para a revisão dessa dogmática.” (VENOSA, 2008b, p. 10).

A referida revisão foi efetuada pela teoria anticontratualista. Sob essa nova ótica, o casamento é definido como instituição à qual os nubentes simplesmente aderem (embora que por vontade própria), submetendo-se a um conjunto de normas preestabelecidas e imutáveis por suas vontades. Tais normas destinam-se a regular a vida matrimonial e familiar do casal, de tal modo que, mesmo em suas pretensões particulares, como por exemplo na separação e

no divórcio, os cônjuges devem proceder de acordo com as normas impostas pelo legislador (LOTUFO, 2002, p. 34). A natureza institucional do casamento busca fundamento na natureza jurídica da família que também é institucional, conforme explicação de Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 57):

Dentro da sociedade, a família é um organismo de ordem natural com a finalidade de assegurar a perpetuidade da espécie humana, e bem assim o modo de existência conveniente às suas aspirações e a seus caracteres específicos. Em face disto, o casamento é o conjunto de normas imperativas cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral correspondente às aspirações atuais e à natureza permanente do homem.

De acordo com os abalizados ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa (2008b, p. 9), se vista como uma instituição a família é uma coletividade humana subordinada à autoridade e condutas sociais, compreendida como uma forma regular, formal e definida de realizar uma atividade; nessa perspectiva sociológica de família institucional o Direito, como ciência social que é, assim a reconhece e regulamenta. A família, por conseguinte, corresponde a uma instituição jurídica, um universo de normas de direito organizadas sistematicamente para regular direitos e deveres inerentes a determinado fenômeno ou esfera social.

Apesar de o casamento ser uma das formas de constituição da família, a natureza jurídica desta nele não se verifica necessariamente. O casamento (diante das teses irrefutáveis proclamadas pela teoria contratualista) não se restringe tão somente à adesão a um modelo imposto, revelando complexidade tão mais abrangente que torna uma e outra teoria insuficiente. Trata-se, portanto, para os afiliados à teoria eclética ou mista, de um ato complexo em que se une o elemento volitivo ao elemento institucional (RODRIGUES, 2007b, p. 19).

A partir de uma perspectiva ampla do contrato, pode-se dizer que o casamento ostenta sua natureza (pois que seja um ato formado pelo livre consentimento de duas pessoas), mas é contrato especial que cria relações específicas e é dotado de consequências peculiares, mais profundas do que as oriundas de convenções, cujos efeitos são meramente econômicos (PEREIRA, 2006, p. 58). Para Silvio Rodrigues (2007b, p. 21), o suporte principal é de instituição na qual os cônjuges ingressam pela vontade manifestada de conformidade com a lei.

Destarte, o que justifica a natureza híbrida do casamento é a consideração de dois momentos: na sua formação ele é contrato, posto que se origina no acordo de vontades (artigos 1.514 e 1.535 do CC/02); e na sua duração é instituição em razão da atuação do Estado e do caráter inalterável de seus efeitos. Não há, pois, inconveniente em chamar o

casamento de contrato de Direito de Família, em razão das peculiaridades que o revestem, tanto que já foi definido pelo Direito Canônico como contrato e sacramento ao mesmo tempo (LEITE, 2005, p. 49). Acerca da afirmação do elemento volitivo pela teoria eclética, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2000, p. 38) comenta:

Particularmente seguimos a corrente doutrinária que posiciona o casamento, quanto à sua natureza jurídica, como um contrato de natureza especial, posto que se origina, indubitavelmente, do livre acordo de vontade das partes que declararem querer contraí-lo na presença do oficial público, sendo a sua função meramente declaratória e não constitutiva de ato. Mesmo a imutabilidade dos efeitos, que efetivamente se verifica, decorre, afinal, do livre consenso dos cônjuges, assim como acontece, até mesmo, com a sua dissolução. Quer nos parecer que o caráter volitivo está sempre presente no casamento, mesmo quando apresenta-se limitado e regulamentado por normas de ordem pública, de caráter imperativo, cogente, imutável. Sua natureza, assim, é contratual e é especial; é um contrato de direito de família que não se confunde com os contratos de direito obrigacional.

Se é certo que as normas cogentes disciplinadoras do casamento não podem ser alteradas pela vontade das partes, tão certo é também que elas atuam em pontos reduzidos dessa relação extremamente íntima, haja vista a vastidão de situações em que a vontade das partes é que deve ser considerada. Até mesmo aos deveres conjugais fixados em lei as partes somente se submetem através de um ato primeiro de vontade, que deve ser livre e imaculada, sob pena de o casamento inexistir, tornar-se ineficaz ou inválido.

Em que pese a fixação legal de deveres vigentes no casamento, os nubentes conduzem a sua relação exprimindo sua vontade a cada interação: escolhem a data e o local de realização da cerimônia, o regime de bens, a forma de conduzir a família e o planejamento familiar, permitindo-se-lhes inclusive desfazer o vínculo matrimonial. Nesse sentido, são válidos os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 58):

O que no matrimônio deve ser primordialmente considerado é o paralelismo com os contratos em geral, que nascem de um acordo de vontade e realizam os objetivos que cada um tem em vista, segundo a motivação inspiradora dos declarantes e os efeitos assegurados pela ordem jurídica. A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum. Não é contraditada ainda pelo fato de não se admitir acordo liberatório que, no campo contratual, via de regra, concede às mesmas vontades geradoras da avença o poder de resolvê-la.

Dessa forma, por mais que existam disposições cogentes impostas ao casamento, o elemento volitivo que conduz todas as suas fases (antes, durante e no fim da convivência

conjugal) e a natureza contratual do casamento não negam, mas suplantam a face institucional. Com efeito, o casamento é um ato de autonomia da vontade de grande importância social, mas que se aperfeiçoa através da manifestação bilateral da vontade dos nubentes que se submetam à disciplina da lei, como um sem número de negócios jurídicos por ela regulamentados. Nessa direção, César Fiúza (2010, p. 203) indaga:

Neste sentido, o casamento seria negócio ou ato em sentido estrito? Num primeiro momento, poder-se-ia afirmar ser o casamento ato jurídico *stricto sensu*, uma vez que nele não há espaço para o exercício da autonomia privada. Analisando-o, porém, mais detidamente, descobrir-se-á um espaço relativamente amplo para o exercício da autonomia privada, no que diz respeito, por exemplo, à fixação do regime matrimonial e de outros direitos e deveres, tais como a educação dos filhos etc. Tendo isto em mira, por que não classificar o casamento na categoria dos negócios jurídicos?

O negócio jurídico é definido por Dimitri Dimoulis (2010, p. 240) como: “[...] qualquer estipulação de consequências jurídicas, realizada por sujeitos de direito no âmbito do exercício da autonomia privada.” Embora o fundamento seja a manifestação de vontade dos sujeitos da relação jurídica, não significa que todas as nuances do negócio dependem unicamente dessa vontade. Tal como ocorre no casamento, o modo de criação do vínculo negocial, a forma de realização do negócio ou seu objeto, a capacidade das partes para concluí-lo, sua interpretação e muitas de suas consequências em caso de descumprimento são estabelecidas pela legislação. No dizer de Silvio Rodrigues (2008, p. 170):

De fato. O negócio jurídico representa uma prerrogativa que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo capaz de, por sua vontade, criar relações a que o direito empresta validade, uma vez que se conformem com a ordem social. A vontade procura um fim que não destoa da lei e que, por esse motivo, obtém dela a eficácia necessária.

Nestes termos, Miguel Reale (2002, p. 180) acentua que o poder negocial (enquanto exteriorização fundamental da autonomia da vontade) não é descaracterizado por submeter-se aos limites da lei, pelo que um raciocínio desse tipo incorre num extremismo liberal alarmante, negando qualquer limite à vontade dos particulares, até mesmo os mínimos impostos pela ordem pública e pelos bons costumes que devem ser observados em todos os negócios jurídicos, sejam eles típicos ou elaborados pelas partes.

Essa ideia de voluntarismo absoluto já foi superada pela destinação social que deve ser dada à autonomia da vontade (NAVES, 2010, p. 78). É de se dizer, com os grifos de Silvio Rodrigues (2008, p. 203), que: “[...] o ordenamento jurídico só dá eficácia à vontade humana,



como criadora de relações jurídicas, *se e enquanto* ela procura alcançar escopos que não colidam com o interesse da sociedade.” (grifos do autor). No âmbito dos negócios jurídicos patrimoniais a função social do contrato é destaque nas legislações mais vanguardistas; na seara negócios jurídicos com fins extrapatrimoniais, por sua vez, as consequências desejadas não podem colidir com a dignidade da pessoa humana, de forma que a liberdade de autoconstrução da personalidade seja protegida.

Sob esse aspecto a liberdade matrimonial, ou seja, a liberdade de contrair casamento, nele permanecer, dirigindo-lo e dele se desvincilhando, foi recepcionada pelo Direito como negócio jurídico (não-patrimonial, ao certo), em razão dos elementos que o compõem: sujeito, objeto e forma (FACHIN, 2003, p. 131), podendo-se apontar quatro elementos convergentes para a caracterização da fonte negocial, quais sejam: a manifestação de vontade de pessoas legitimadas a fazê-lo, o objeto lícito, forma de querer que não contrarie a exigida em lei e uma devida proporção entre os partícipes da relação jurídica (REALE, 2002, p. 180).

Esses quatro elementos são plenamente observáveis no casamento, por expressa disposição legal: no Código Civil os artigos 1.514 e 1.535 estampam a exigência de manifestação de vontade para realização do casamento; a legitimação das partes envolvidas decorre da avaliação de sua capacidade para o ato, feita mediante processo de habilitação sem o qual o casamento não se efetiva, disciplinado nos artigos 1.517 a 1.532; o objeto – que é a comunhão plena de vida – (artigo 1.511) e a forma de celebração (artigos 1.533 a 1.542) também o são; a paridade das partes, por seu turno, é elemento tão relevante que mereceu a proteção do constituinte e está consagrada no § 5º do artigo 226 da Constituição Federal.

Abordando a temática da classificação dos negócios jurídicos, César Fiúza (2010, p. 966) emoldura o casamento como negócio jurídico formal, plurilateral, *intuitu personae*, dissolúvel e realizado entre pessoas de sexo diferente, o que se explica da seguinte maneira:

Formal porque sua celebração é solene. Se preterido algum requisito de forma, o casamento se considerará inválido ou mesmo inexistente. Plurilateral por exigir a participação de duas vontades que não se contrapõem, mas, pelo contrário, caminham na mesma direção, rumo ao mesmo norte. É *intuitu personae*, pois se baseia precipuamente na confiança e nos laços afetivos do casal. É dissolúvel, uma vez que pode ser desfeito por ato contrário, qual seja, o divórcio. Por fim, deve ser realizado entre pessoas de sexo genital diferente.

Acerca da natureza negocial do casamento, é cabível ainda uma reflexão. A doutrina é pacífica em considerar que toda vez que a formação do negócio jurídico depender da conjunção de duas vontades surge um contrato, cuja essência é exatamente este acordo de duas ou mais vontades firmado com vistas a produzir efeitos jurídicos determinados. Em face

dessa consideração, Silvio Rodrigues (2007a, p. 10) reconhece que: “[...] o âmbito do contrato não se circunscreve apenas no Direito das Obrigações, estendendo-se aos outros ramos do direito privado e mesmo ao direito público.” Apesar disso, boa parte da mesma doutrina procura limitar o conceito de contrato apenas às convenções que constituam, regulem ou extingam relações patrimoniais, negando sua vigência às relações jurídicas que se estabelecem mediante o acordo de vontades celebrado fora dessa esfera.

Porém, Sílvio de Salvo Venosa (2008b, p. 26) ressalva que “o que confere a um ato a natureza contratual não é a determinação de seu conteúdo pelas partes, mas sua formação por manifestação de vontade livre e espontânea.” A conclusão inexorável que salta aos olhos é a de que a manifestação livre de vontade de dois agentes convergindo para o fim de criar uma relação jurídica com deveres de prestação e contraprestação é um contrato. Por isso, o autor considera sobre o casamento que:

Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc.

Além disso, não é demais aceitar que as regras gerais do Direito dos Contratos são as mesmas para todos os negócios jurídicos, estando situadas, inclusive, na parte geral do Código Civil, que ordena a teoria geral dos negócios jurídicos. Desse modo, segundo Sílvio de Salvo Venosa (2008a, p. 346) as regras postas sobre capacidade do agente, forma e objeto, assim como as propostas normativas relativas aos vícios de vontade e sociais são aplicáveis não apenas aos contratos, mas a qualquer negócio jurídico.

Outrossim, para que exista o contrato tampouco se exige o antagonismo de interesses que dê azo a uma conciliação e a conseqüente celebração de uma convenção, como explica Silvio Rodrigues (2007a, p. 13):

Todavia, nem sempre a posição antagônica entre contratantes é fundamental. Por vezes, convenções aparecem, como no contrato de sociedade, em que os interesses das partes se mostram paralelos, de modo que elas apenas se obrigam mutuamente a combinar seus esforços ou recursos para lograr fim comum (CC, art. 981).

Essa é a ideia mais geral de casamento: uma sociedade (fundada na convergência de vontades livres, portanto, um contrato) que se estabelece em razão da expectativa de correspondência a interesses paralelos dada através da combinação mútua de esforços para atingir um sucesso comum. É nesse sentido, mas com palavras diversas, que o artigo 1.512 do

Código Civil dispõe que: “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

A união do homem e da mulher (sob qualquer denominação) preexiste à sua noção jurídica, contudo, foi abarcada pelo Direito, que se encarregou de traçar-lhe o perfil de modo que fosse possível aos seus operadores enquadrá-la em uma de suas categorias, amoldando-o à noção de negócio jurídico bilateral inserta na teoria geral dos atos jurídicos em razão das características de acordo de vontades que busca efeitos jurídicos, especificadamente conceituada como contrato no âmbito do Direito de Família.

O aspecto institucional do casamento é, pois, muito mais sociológico do que jurídico e, embora uma e outra disciplina possuam ligação direta, o Direito tem seus próprios padrões e requisitos para definição das relações que subordina. Se a família é considerada uma instituição sociológica, não necessariamente o casamento legal deve sê-lo, e assim, duas das três correntes que discutem sobre a natureza jurídica do casamento vêm afirmar-lhe o caráter contratual, donde a maioria da doutrina o conceitua como contrato especial ou contrato de Direito de Família, a teor daquela ventilada por José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (1999, p. 17):

Como quer que seja, é indubitável que a concepção do casamento como negócio jurídico privado e a substituição de um estatuto de subordinação por um estatuto de coordenação na organização da sociedade conjugal, com o redimensionamento dos poderes familiares, permitem à doutrina afirmar o caráter privado do Direito de Família.

A simples afirmação de que o casamento é uma instituição à qual os nubentes aderem para obedecer a um conjunto de normas preestabelecidas, destinadas a regular a vida matrimonial, faz reconhecer a existência de uma relação de subordinação entre a organização da conjugal e o Estado, já que descabe, segundo os moldes atuais da sociedade ocidental, sob pena de anulação do princípio da autonomia da vontade. Assegura Pietro Perlingieri (2007, p. 303) que “a autonomia no campo familiar, e ainda mais naquele que se refere ao exercício das relações pessoais, concilia-se com uma concepção não publicista da instituição familiar; ela, oportunamente, reafirma hoje e encontra atuação em harmonia com os princípios de ordem constitucional.”

Como se sabe, no decorrer de tempo considerável, o casamento foi tido como ato de natureza puramente religiosa, tanto que nas sociedades ocidentais a Igreja Católica tornou-se responsável pela regência de tais uniões, questão fundamental à temática posta. Porém, a liberdade de crença e a diversificação das religiões fomentaram o processo de secularização

do matrimônio, tanto que no Brasil muito já se avançou desde a laicização do Direito como um todo, e hoje o casamento é tido por negócio de cunho eminentemente civil.

A tendência ora percebida na sociedade brasileira é, pois, de revigoração da sociedade civil centralizada no indivíduo. O liberalismo se redesenha, restringindo as intervenções do poder público àquelas que assegurem aos indivíduos (e grupos) a fruição de condições de excelência para seu desenvolvimento e progresso. A crítica de João Baptista Villela (1997, p. 84) é severa quanto a esse aspecto:

Toca as raias do ridículo que um país, como o Brasil, que não consegue resolver problemas elementares de segurança nas ruas, de saneamento básico ou de controle de epidemias, cuja previdência social está falida, que não oferece ensino de qualidade nem serviço público eficiente, se proponha agora a invadir o domínio de privacidade das pessoas, para lhe impor regras de organização da vida amorosa.

Entrementes, cumpre ressaltar que o Estado não pode deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família (como sua célula fundamental) sob pena de desaparecer, cedendo lugar ao caos. Todavia, anote-se que essa ingerência deve ser sempre protetora, a fim de preservar as liberdades garantidas pela autonomia da vontade, pois que o organismo familiar passa por constantes mutações e o legislador deve estar atento às necessidades de alterações legislativas que devem ser feitas de modo a acompanhar tais mudanças.

Um bom exemplo dessa atualização foi o aperfeiçoamento do mecanismo de distrato presente no contrato de casamento, ou seja, o divórcio. Ante a fugacidade das relações que se delineiam no contexto atual da sociedade, as condições de concessão do divórcio precisaram ser revistas pelo legislador para que mais situações em que a manutenção do casamento tornou-se insustentável recebessem a devida solução jurídica e, com essa finalidade, em 13 de julho de 2010 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66, que representou uma maior flexibilização das condições para a concessão do divórcio.

### **3 AS NOVAS DIRETRIZES DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL**

Em meio ao turbilhão de mudanças que se sucedem diariamente na contemporaneidade, com mais intensidade se pode perceber aquelas que atingem diretamente a intimidade dos indivíduos. A revolução familiar do último século, por exemplo, alterou o enfoque de concepção da família, que passou de um modelo rígido e fundado essencialmente no casamento, a revestir-se de um caráter fluido, preterindo a forma em privilégio da tutela da pessoa humana e transmudando-se num instrumento de realização individual que existe em função de seus componentes.

Assim, diante das configurações multifacetárias assumidas pela família moderna surgem rumores (conservadores) de que ela está em crise. Porém, conforme será demonstrado, o que houve (e ainda está havendo) é uma sensível mudança nos seus conceitos básicos, parecendo leviano afirmar que a família está a se desagregar, proclamando-se uma crise. Na verdade, em sendo um organismo natural a família não acaba, e travestida de juridicidade, o Direito encarrega-se de elaborar a sua nova organização.

O soerguimento de novos valores que identificam a família moderna foi conquistado quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, que procurou abrigar os princípios e institutos norteadores da entidade familiar, estabelecendo uma maior abrangência da sua tutela. Nessa perspectiva, o processo de evolução social atravessado pelas relações de família precisou encontrar um suporte normativo que lhe conferisse validade jurídica, o que culminou com sucessivas alterações nas legislações constitucionais e infraconstitucionais pertinentes a esse ramo do Direito.

#### **3.1 A relação entre o dinamismo social e a norma jurídica**

Em razão da sua necessidade de conviver com seus iguais, o homem agrupou-se em sociedade e precisou de regras que disciplinassem a sua conduta e a organização do grupo. A sociedade, pois, é o meio em que o Direito (na acepção extensa de normas que disciplinem condutas) surge e se desenvolve. É que sem a organização de um grupo, não teria sido provocada no homem a consciência da necessidade de um Direito, que não é senão o mundo

das relações entre os homens (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 8). Como dito por Miguel Reale (2002, p. 2): “o Direito é, por conseguinte, um *fato* ou *fenômeno social*; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua *socialidade*, a sua qualidade de ser social.” (grifos do autor).

O fundamento das normas reside, pois, na exigência da natureza humana de viver em sociedade, dispondo sobre o comportamento dos seus membros. Antes disso, é possível afirmar, com Maria Helena Diniz (2007, p. 337) que “as normas são fenômenos necessários para a estruturação ôntica do homem.” Outrossim, considerando que a vida do grupo social está intimamente ligada à disciplina das vidas individuais, elas se fundam também na necessidade de organização na sociedade e, sendo o Direito corolário das relações sociais (um produto da sociedade) tudo o que agir sobre a sociedade produzirá reflexo também sobre ele.

Nesse diapasão, o Direito transforma-se de modo a acompanhar a evolução cultural da sociedade sob sua regência e, segundo Paulo Cesar Santos Bezerra (2003, p. 31), a característica cultural do homem é uma realidade criada para atingir finalidades, realizar valores e satisfazer necessidades individuais e sociais. Nesse contexto é que se localiza o Direito, como produto da história e da cultura, concebido pelo homem em função de um espaço e tempo sócio-culturais.

Assim, considerando que as normas jurídicas (como produto cultural) são ditadas pelas realidades contingentes e conveniências sociais, é de se ressaltar o seu caráter de mutabilidade, deveras inerente aos grupos onde se originam, sofrendo injunções dos fatores sociais a ponto de que os fins perseguidos sejam impostos à norma jurídica pela realidade social concreta. Para Maria Helena Diniz (2007, p. 346), sob a ótica da Sociologia, discursa-se que são os fins sociais que criam a norma jurídica, a qual teria, pois, “[...] origem e uma trajetória de evolução própria, não é estável, e sua variação obedece a circunstâncias de tempo, de lugar e de cultura” (Lourival Vilanova *apud* DINIZ, 2007, p. 349).

José Flósculo da Nóbrega (2007, p. 37) repisa que toda alteração do condicionamento da cultura reage sobre o conjunto cultural, impondo adaptações correspondentes; como todos os setores da cultura funcionam imbricados, a mudança de um reage sobre os outros e é por eles influenciado, onde o Direito, como setor de cultura, segue-lhe a sorte, refletindo as suas variações e revelando a sua historicidade:

O direito é histórico, como toda a cultura; e sua historicidade se afirma em sua estrutura contínua e cumulativa e em sua variabilidade em função do tempo social. A continuidade significa a permanência na duração; o direito é algo imperecível, que se mantém perene através das gerações. As suas instituições coordenam a cultura jurídica e a transmitem aos pósteros, que assim aproveitam a experiência dos

antepassados, sem a necessidade de recomeçar tudo do ponto de partida. Além de contínuo, o direito é cumulativo, cresce como árvore, em camadas sucessivas, assimilando as mudanças e transformações, integrando o progresso sobrevivendo. Cada geração, cada fase histórica deixa o seu sedimento de experiência, que se incorpora à massa do direito e passa ao futuro.

Então, a partir do caráter histórico do Direito é possível observar que os tipos ou modelos jurídicos não são produto de um esforço mental para sua construção, antes resultam de exigências práticas, como configurações ou estruturas normativas da experiência jurídica em sua concretude. Esse é o entendimento de Miguel Reale (2002, p. 226) que adita: “[...] a forma jurídica, por conseguinte, não se acrescenta à realidade social, como algo de concebido artificialmente para ajustar-se-lhe externamente, mas brota antes da íntima estrutura dos fatos postos à prova pelos homens empenhados na consecução de seus valores existenciais.”

Desse modo, têm-se uma relação dualista: se o Direito determina as relações sociais e estas são impostas pelo grupo ao qual pertencem, a sua produção está diretamente relacionada e é dependente do grupo social do qual emana (BEZERRA, 2003, p. 29). Nesses termos, tem-se que da natureza do agrupamento social depende a natureza do Direito produzido, que a reflete e a rege; a transformação da realidade social (em qualquer dos seus aspectos) significa, pois, a transformação da realidade normativa e vice-versa.

O fato é que a sociedade não espera pelo legislador; de acordo com o já exposto e com o magistério de Luíz Recaséns Siches (*apud* CAVALIERI FILHO, 2002, p. 82), a sociedade condiciona o Direito, moldando-o à sua imagem e semelhança. Assim, cabe ao legislador ajustar o Direito positivado a essa realidade social, sob pena de nunca elaborar lei eficaz, porque, se acaso as leis entrarem em constante conflito com os fatos, acabarão inexoravelmente superadas por estes. Nesta senda, Pietro Perlingieri (2007, p. 1) assevera que:

O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, “existencial”, que se torna história na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como “coexistência”. (grifo do autor).

Francisco Thomaz Van Acker (*apud* DINIZ, 2007, p. 344), analisando esses aspectos no âmbito nacional, afirma que o que se vê é um “[...] desajustamento entre a realidade material dos fatos e a realidade formal das normas jurídicas”. Paulo Cesar Santos Bezerra (2003, p. 130) corrobora com o referido entendimento ao afirmar que um simples confronto

entre a legislação produzida e a realidade social demonstra que aquela é absolutamente destoante desta: “quando, porém, se fala aqui de distorção entre a legislação produzida e a realidade brasileira já se está levando em consideração a mutabilidade da sociedade e o aspecto rígido, paralisado, do direito.” Na apreciação desses aspectos, aponta como causas da comentada distorção a história e a cultura brasileiras e os seus legisladores, de forma a salientar que, muito além de temporais, as razões são de ordem estrutural.

Assim sucedeu-se com o regime legal do divórcio no Brasil, considerado por Waterloo Marchesini Junior (1978, p. 11) “[...] uma luta de indivíduos, de classes sociais, de agregamentos comunitários, em que se utilizaram dos mais diferentes instrumentais, desafiando tradições preconceituosas e sacudindo este imenso território.” Essa luta fora sobretudo abraçada pelos que eram estigmatizados por não poderem manter a vida conjugal, necessitando de um direito que abarcasse as inúmeras situações de fato que precisavam dele revestir-se.

Num breve resumo do histórico contemplado por Waterloo Marchesini Junior (1978, p. 22-24), note-se que os homens primitivos desconheciam o casamento permanente, sendo o divórcio rotina habitual. Nas primeiras civilizações, o repúdio à mulher era considerado de fácil concretização, principalmente no caso de esterilidade, enquanto causa de repúdio mais comum na Grécia Antiga e no direito mosaico. Dentre esses povos permitia-se tanto ao homem quanto à mulher solicitar deferimento ao divórcio por motivos de adultério, inobservância do dever conjugal, ausência prolongada, enfermidade contagiosa, dentre outras razões, tal como se dava na Babilônia e em Roma até que a Igreja Católica iniciasse uma campanha contra o divórcio.

Após a adoção de uma série de medidas que dificultaram a concessão do divórcio, a Igreja Católica o proibiu na última fase do Concílio de Trento (1561-1563), consagrando a sacramentalidade e a indissolubilidade do matrimônio, mas admitindo em contrapartida, a separação de corpos (com indissolubilidade do vínculo matrimonial) reafirmada nas posteriores encíclicas *Arcanum divine* (Papa Leão XII) e *Syllabus* (Papa Pio X).

O renascimento do divórcio aconteceu com a Revolução Francesa de 1789. Para os revolucionários, o casamento representava um contrato consensual pelo qual duas pessoas livres se obrigavam a respeitar direitos e deveres, constando no artigo 7º da Constituição Francesa de 1791 que “a lei agora considera o casamento apenas como um contrato civil.” Essa visão do casamento como contrato requeria a previsão de uma forma de distrato; assim invocou-se o divórcio (pela edição da Lei de 20 de setembro de 1792) fundado no consentimento mútuo, na vontade motivada de qualquer dos cônjuges e na incompatibilidade



de gênio, cujo fundamento já restava explicado no preâmbulo, dispondo que “o divórcio decorre da liberdade individual, cuja perda resultará de um compromisso indissolúvel.” Essa promessa importa, como ainda hoje se defende, no sacrifício da liberdade e na alienação da pessoa humana, que são consequências inevitáveis dos votos perpétuos (BRANDÃO, 1997, p. 27).

O que não pode ser negado é o bom propósito do casamento indissolúvel, porém, sabe-se que este é um conceito ideal, cuja concretização depende unicamente do concurso de vontades daqueles que nele se acham. É de se considerar, todavia, o universo contingencial da vida conjugal; nas palavras de Wilson de Andrade Brandão (1997, p. 20):

Mas no interior das famílias, sucedem tantas ocorrências funestas à continuidade de seu relevante papel social, que o vínculo perde inteiramente o sentido teológico, que o criou, e vem a ser um mal insuperável. Por isso, o modelo antes descrito não existe na realidade, embora configure o ideal que se perseguirá sempre. Surge, assim, com a impossibilidade da vida em comum, o problema do divórcio, cuja solução variável segundo as circunstâncias, é preocupação constante da humanidade. A indiferença entre marido e mulher, que se vêem mutuamente desinteressados, ou o antagonismo invencível, que os transforma em inimigos, esterilizam o casamento pela ausência do compromisso espiritual que ele significa.

Com efeito, as diversas causas da impossibilidade da manutenção da vida em comum sempre existiram e reclamaram uma solução legal de viabilização. Nesse sentido, Paulo Cesar Santos Bezerra (2003, p. 27) ressalta a expressividade e necessidade da relação entre Direito e sociedade, especialmente no que concerne à produção do primeiro, uma vez que “[...] é a sociedade civil ou política, espontaneamente ou através de seus representantes, em seus diversos segmentos, quem produz as regras jurídicas que conduzem os destinos de um povo, e mantém, dentro dos limites de licitude e justiça, todas as condutas das gentes.”

Assim é que o divórcio apareceu, desapareceu e ressurgiu, historicamente, para revestir de direito inúmeras situações de fato e nesse ponto, o direito positivo mostrou-se fundamental, dada a sua função transformadora de realidades, como assevera Pietro Perlingieri (2007, p. 2-3):

O direito positivo (vale dizer, o direito expresso por fontes predeterminadas e reconhecidas, predominantemente escrito) pode exercer uma dupla função, dependendo do fato de se propor a simplesmente conservar as situações presentes na sociedade, adaptando as próprias regras às de natureza social preexistentes; ou a modificar a realidade criando novas regras. Pode exercer historicamente uma função de conservação das situações de fato ou, sob o impulso de interesses contrastantes e alternativos, de transformação das estruturas preestabelecidas. Dado que na realidade como um todo não existem somente velhas “estruturas” a serem modificadas, mas também exigências – ideais e práticas – que requerem satisfação, também a norma promocional (ou seja, a norma que se propõe à função inovadora

da realidade) é sempre fruto de demandas, de necessidades, de impulsos “já existentes” em uma certa sociedade. O Direito, de tal modo, torna possível, com os seus instrumentos, a transformação social. (grifos do autor).

No Brasil, o divórcio só veio a ser instituído na década de 1970, após anos de discussões legislativas travadas acerca do tema. Muito embora vários fatores tenham conduzido à essa situação, o fato do divórcio ter demorado tanto a ser instituído no Brasil contribuiu para a formação de inúmeras famílias à margem da lei, pois é natural que as pessoas que tiveram seus casamentos desfeitos, tentem refazer a sua vida afetiva encontrando um novo parceiro. A sociedade tentou ignorar esse fato, apesar de ter-lhe estado bem próximo (à vista de todos) refletindo-se no Direito a ponto de manter os princípios exageradamente conservadores de uma sociedade fincada em conceitos patriarcais (LOTUFO, 2002, p. 165), no entanto, a mudança de paradigma era necessária, como explica Wilson de Andrade Brandão (1997, p. 31):

Numa sociedade assim, numa família assim, que deixam nos observadores mais frios a impressão de “desintegração” ou de “desorganização”, falta lugar para o casamento indissolúvel. Muitos acreditam que o divórcio figura entre as causas do declínio da comunidade doméstica. Enganam-se, porém, esquecidos de que o corte do vínculo matrimonial sempre existiu, em diferentes países, e só produziu efeitos degradantes quando concedido abusivamente. Sua atuação, nesse sentido, se acaso verificada, dilui-se entre as demais influências de múltiplos fatores. Porque, na verdade, ele é, antes de tudo, resposta a uma necessidade imperiosa, instrumento de reconstrução da família. (...) Se o divórcio tem essa finalidade – mais expressão de necessidades sociais que evasão para ilusória liberdade individual – deve o Estado discipliná-lo com suficiente equilíbrio, para que não perca a destinação específica. Esse é, sem dúvida, o problema crucial. A resolução de desvincular-se, que tomam os cônjuges, faz-se preceder de questões delicadas de natureza moral, religiosa, sociológica, psicológica, patológica, econômica. Mas o ponto final da crise, que os envolve, angustiosamente, está nas diferentes soluções oferecidas pelo direito. (grifos do autor).

Como não poderia deixar de ser, a realidade fática foi mudando e transformando os novos comportamentos em hábitos; o pensamento humano voltou-se para o lado social, mas não foi acompanhado da realidade jurídica (não tão dinâmica como a fática) que demorou a acomodar-se diante dessas transformações. Isso porque, além da questão temporal, o processo de transformação do Direito sofre outras influências, de acordo com a descrição oferecida por Paulo Cesar Santos Bezerra (2003, p. 18):

*Assim, a tese é de que o direito produzido no Brasil é dissociado da realidade, não por questão temporal ligada à mutabilidade desta realidade frente à paralisação do direito, do tempo gasto em seu processo de produção, e sim por ter causas estruturais, decorrentes de elementos históricos e culturais presentes no imaginário das elites produtoras do direito, e a falta de solidariedade social que lhes é inerente.*

*E mais: que um direito assim produzido, coarcta o acesso à justiça.* (grifos do autor).

Uma outra causa desse ritmo oscilante e gradativo de mudanças que se pode apontar decorre das próprias características do ramo jurídico no qual está inserto o divórcio. Com efeito, o Direito de Família situa-se em terreno de influentes paixões humanas e, talvez por isso, sua reforma encontra obstáculos de transposição difícil e penosa. Nesse sentido, é de considerar o comentário de Orlando Gomes (*apud* SOARES, 2008, p. 21), quando assevera que: “[...] a sua mesma preparação nos espíritos defronta-se com a agressividade de convicções enraizadas no terreno de idéias morais e religiosas, robustecidas, ao longo dos tempos, por uma sólida e arraigada tradição, que remonta aos contornos da própria modernidade jurídica.”

Mas como a evolução era necessária também neste ramo do Direito, hoje se fala em relatividade do Direito de Família pós-moderno, que se traduz justamente pela recusa em absorver dogmas absolutos e inquestionáveis que, durante muito tempo, constituíram óbice ao arejamento das instituições familiares a despeito das novas estimativas e concepções de mundo. Para Ricardo Maurício Freire Soares (2008, p. 19-20), a reflexividade do Direito de Família decorre “[...] da abertura deste ramo jurídico aos novos valores e fatos sociais, tais como a liberalização dos costumes, a flexibilização da moralidade sexual, a equiparação social de homens e mulheres e a perda gradativa da influência religiosa na organização familiar.” Para exemplificar essa situação, o autor supramencionado aponta a luta que foi travada no Direito de Família em favor da permissão da separação e divórcio de casais, ao longo dos últimos séculos, contra a crença religiosa que sacralizava a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Não obstante existirem avanços significativos em direção à relatividade do vínculo matrimonial, sabe-se que em muitas legislações ocidentais persistem óbices para a dissolução do casamento, tais como a previsão de prazos para o pedido de divórcio direto ou mesmo a exigência de motivação para a propositura de separação judicial, como era no Brasil até bem pouco tempo atrás. Porém, com a mudança havida no eixo central de proteção do núcleo familiar e a evolução da noção de família-instituição para família-instrumento de desenvolvimento da pessoa humana, se torna possível afirmar com Cristiano Chaves de Farias (2004, p. 110) que hoje soa descabida qualquer forma de violação da dignidade do homem, incluída nesta a liberdade de casar e de não permanecer casado, ainda que sob o pretexto de garantir proteção à estabilidade familiar.

### 3.2 Evolução legislativa do divórcio no Brasil

Para que haja uma ideal compreensão do instituto do divórcio é necessário que se faça um resgate histórico da legislação pertinente ao tema, através do qual seja possível avaliar as razões sociológicas e políticas que fundamentaram as mudanças decorrentes da aprovação da Emenda Constitucional nº 66/10.

*A priori*, é de se realçar o papel de destaque que a Igreja Católica representou no tocante ao casamento, pois que já no Brasil Império o catolicismo foi reconhecido como religião oficial do Estado pela Constituição de 1824 e, por tal razão, à Igreja incumbia praticamente toda a organização do Direito de Família brasileiro, constituindo-se o casamento numa instituição eminentemente eclesiástica. Yussef Said Cahali (2005, p. 39) consigna:

Com a proclamação da independência, instaurada a monarquia, nosso direito permaneceu sob a influência direta e incisiva da Igreja em matéria de casamento. Assim, o Decreto de 03.11.1827 estatuiu a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, reconhecida e firmada desse modo a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais. O casamento, na sua origem, formação e constituição, sobrepairava às normas estatais. Ato em cuja elaboração não intervinha o poder civil, este o recebia perfeito e acabado das mãos da Igreja e apenas lhe marcava os efeitos jurídicos na sociedade temporal.

O matrimônio católico traz como caracteres obrigatórios, até os dias de hoje, a unidade, a voluntariedade, a solenidade e a indissolubilidade do vínculo conjugal, os quais influenciaram diretamente a legislação civil de muitos países. Apesar disso, merece ressalva o fato de que todos os povos com os quais a Igreja Católica teve contato a partir da sua fundação (hebreus, romanos e germanos) admitiam o divórcio sem requinte de exigências. É que para eles, repousando o matrimônio no consenso das partes, qualquer tentativa de limitação à liberdade de divorciar-se poderia ser considerada até mesmo imoral (MARCHESINI JUNIOR, 1978, p. 21).

A primeira tentativa de secularização do casamento, segundo os relatos de Wilson de Andrade Brandão (1997, p. 73), ocorreu ainda em 1858 por meio de um projeto de lei que propunha a instituição do casamento civil para as pessoas que pertencessem a outras religiões (tais como os imigrantes que povoavam as diferentes regiões do país) o que redundou no consequente desenvolvimento de outras religiões que além da católica. A proposta não foi aceita, mas abriu caminho para a edição do Decreto nº 1.144 de 11.09.1861 (Regulamento nº 3.069, de 17 de abril de 1863), por meio do qual, institui-se, além do matrimônio católico, o

casamento misto (realizado entre um católico e um cristão dissidente) e o enlace acatólico; maiores evoluções não foram constatadas, diante das restrições contidas na Constituição de 1824.

Somente com o advento da República alcançou-se a laicização do casamento, pelo Decreto nº 181 (de 24 de janeiro de 1890) que implantou o casamento civil e regulamentou o divórcio canônico permitindo, assim, que se separassem os corpos sem que se desfizesse o vínculo matrimonial, obviamente, em casos extremamente restritos, quais sejam, o adultério, a sevícia ou a injúria grave e o abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos; a partir do mútuo consentimento dos cônjuges. A mudança desenvolvia-se lentamente; por mais que naquele momento o Brasil passasse por grandes transformações políticas, estas não foram capazes de reformar os padrões sociais há muito tempo engessados (BRANDÃO, 1997, p. 74), tanto que foram seguidamente repelidas inúmeras propostas legislativas tendentes a instituir o divórcio, apresentadas em 1893, 1896, 1899 e 1900.

Nem mesmo o Código Civil de 1916 contrariou a norma social observada; manteve-se o divórcio canônico (chamado de desquite) que podia ser obtido amigável ou litigiosamente e, mesmo dissolvida a sociedade conjugal, permanecia o vínculo matrimonial. A exposição de motivos é muito bem explicada pelo autor do seu projeto, Clóvis Beviláqua (*apud* BRANDÃO, 1997, p. 77):

[...] Só vejo uma explicação para essa anomalia da lógica. É que alguns pedem remédios gerais, embora violentos, para casos particulares, sem dúvida pungitivos, e outros propõem soluções abstratas para um problema social, que, como todos os seus congêneres, deve ser resolvido em vista das condições e das necessidades morais, intelectuais, físicas e econômicas do grupo social que se tem em vista. Se o divórcio canônico, a simples separação, cria uma situação legal de injusto constrangimento para o cônjuge inocente, que o impelirá muitas vezes para o mundo equívoco das relações ilícitas, é certo que o mais poderoso argumento em favor do divórcio romano pressupõe que um dos cônjuges já enveredou francamente por esse caminho escuso das infidelidades conjugais. A situação, portanto, é esta: as paixões irremediáveis de um dos cônjuges impulsionam-no a quebrar a fé prometida, com prejuízo da própria integridade moral. Se, em tal conjuntura, for concedida a simples separação de corpos, far-se-á desaparecer o estado de irritação produzido pela continuação da injúria, pelo contato degradante de criaturas que intimamente se odeiam e pelo contágio de desmoralização que ameaça contaminar os outros membros da família. Não deve o direito uma solução e os fatos se encarregariam de encontrá-la. Mas, limitando-se a afastar as funestas conseqüências da vida em comum obrigatória, quando já cessaram os laços de afeição e de respeito mútuos, a simples separação conserva em açaimo as paixões de animalidade, e mantém pela perpetuidade do vínculo conjugal, a indestrutibilidade da monogamia, que é uma conquista da cultura moral e um dos pilares sobre que repousa a organização social. (...) A moral doméstica deve ser de extrema delicadeza, particularmente em atenção aos filhos cuja educação se compromete, cujo espírito se conturba e cujos interesses não são escrupulosamente atendidos, quando os seus progenitores, esquecidos da sagrada missão que lhes é confiada, se deixam arrastar pelos desregramentos de conduta, sem procurar sequer disfarçá-los aos olhos das cândidas criaturas que são

fadadas a tomá-los por modelos, e em cujas consciências esses atos produzem, necessariamente, um precipitado moral funestíssimo.

Como se vê, até então a indissolubilidade do vínculo matrimonial ainda não tinha alcançado patamar constitucional, o que facilitaria a regulamentação do divórcio através de leis ordinárias. Entretanto, a Assembleia Nacional Constituinte de 1934, movida pelas pressões exercidas pela Liga Eleitoral Católica, aprovou a inclusão de uma série de emendas religiosas no texto constitucional, e o artigo 144 assim foi aprovado: “a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”, colocando-se mais uma barreira no caminho dos divorcistas. (BRANDÃO, 1997, p. 80)

Após a Constituição de 1934, a proibição constitucional da dissolução do vínculo conjugal perdurou nas Constituições de 1937 (artigo 124), de 1946 (artigo 163), de 1967 (artigo 167, § 1º) e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (artigo 175, § 1º). Entretanto, como relata Yussef Said Cahali (2005, p. 40), ainda na vigência da Constituição de 1946 foram enxertadas diversas tentativas infrutíferas de introduzir o divórcio no ordenamento jurídico (ainda que de modo disfarçado) pelo acréscimo do erro essencial como causa de anulação do casamento, o qual consistia na incompatibilidade invencível entre os cônjuges, desde que fosse provado que, após decorridos cinco anos da decretação do desquite, a relação conjugal se restabelecera.

Os argumentos dos antidivorcistas continuavam a se camuflar em princípios da moral e da ordem pública dos quais extraíam, como asseverado por Áurea Pimentel Pereira (2004, p. 11), o intuito de perpetuidade que deveria existir no momento em que os nubentes contraíssem as núpcias. No entanto, tais argumentos se mostravam insustentáveis diante do contexto fático dos desquites. É como critica a autora, em passagem contígua:

Olvidavam, porém, aqueles que à introdução do divórcio em nosso país se opunham que, embora de fato a moral, os bons costumes, o interesse social e a ordem pública orientem no sentido de que a contratação dos casamentos seja feita, em princípio, com o intuito da perpetuidade, com base no que a doutrina francesa chama de *esprit de perpétuité* – que não tem o mesmo significado de voto de perpetuidade –, em muitos caos, em nome da própria ordem pública e social, é impossível desejar que se perpetue um vínculo, que na verdade só existe por ficção legal, quando se está diante de um casamento em ruínas, que só subsiste para apenar o cônjuge inocente e os filhos da união malograda, estes últimos, muitas vezes, testemunhas inocentes, no recesso do lar, de excessos, vergonhas e escândalos, exemplos deploráveis para sua formação.

A indissolubilidade do casamento trazia outra consequência relevante: não sendo o desquite a maneira mais completa de dissolução do casamento, inevitavelmente, se formavam

uniões conjugais de fato, totalmente desprotegidas pela lei, assim como os filhos provenientes delas que, taxados como espúrios e adulterinos, recebiam tratamento social e legal diferenciado em relação àqueles havidos na constância do casamento.

Uma alternativa viável (mas difícil) era a alteração do texto constitucional que impunha a eternização do casamento. Com efeito, de acordo com a Carta Constitucional outorgada pelos chefes militares, a aprovação de um projeto de divórcio através de emenda constitucional, dependeria da chancela de dois terços dos senadores (o que representava quarenta e quatro deles), bem como de duzentos e sete deputados.

Após várias tentativas mal sucedidas de aprovação de uma emenda com este conteúdo (as quais não atingiam o *quorum* de dois terços de cada casa do Congresso Nacional) foi expedido o Ato Complementar 102, que decretou o recesso parlamentar a partir de 1º de abril de 1977 e, em seguida, a Emenda Constitucional nº 8 reduziu o *quorum* qualificado de dois terços para a maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional.

Após a suspensão do recesso, finalmente aprovou-se a Emenda Constitucional nº 9 e que, promulgada em 28 de junho de 1977 deu nova redação ao artigo 175, § 1º da Constituição Federal, que passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 175. (...) § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”, disciplinando acerca do divórcio por conversão. A referida emenda previu, deveras, hipótese especial de divórcio direto, decretando em seu artigo 2º que “a separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda”.

Logo após a aprovação da Emenda Constitucional nº 9/77 editou-se a Lei nº 6.515/77, a qual se convencionou chamar de Lei do Divórcio, para regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, seus efeitos, prazos e procedimentos, estabelecimento do regime legal de bens do casal (comunhão parcial), a possibilidade de rompimento por enfermidade mental do cônjuge, o reconhecimento de filhos ilegítimos e o seu direito à herança, dentre outras normas de regulação das relações familiares. Assim, foram estabelecidos os casos de dissolução da sociedade conjugal (artigo 2º): a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial e o divórcio.

A concessão da separação por mútuo consentimento exigia o decurso de prazo de dois anos de casamento (artigo 4º); a litigiosa ocorria quando um dos cônjuges imputasse ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento e tornasse insuportável a vida em comum (artigo 5º), sendo certo que, em razão da

hipotética genérica deste último dispositivo, foram ampliadas as possibilidades de obtenção da separação judicial. Com efeito, poderia-se obter a medida, ainda, se um dos cônjuges provasse a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição (artigo 5º, § 1º) ou quando um dos cônjuges estivesse acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que tornasse impossível a continuação da vida em comum, desde que, após cinco anos, a enfermidade fosse reconhecida como de cura improvável (artigo 5º, § 2º).

Com a separação judicial findavam os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e o regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido (artigo 3º), importando na separação de corpos e na partilha dos bens (artigo 7º). Já o divórcio punha termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso (artigo 24), sendo concedido após três anos da decretação da separação judicial (artigo 25), bem como se os cônjuges comprovassem a separação de fato há pelo menos cinco anos antes da aprovação da Emenda Constitucional nº 9/77.

A disciplina constitucional do divórcio foi mantida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, reduzindo-se os prazos do divórcio por conversão, de três para um ano de separação judicial e, do divórcio direto, de cinco anos de separação de fato para apenas dois. As alterações na legislação infraconstitucional foram operadas pelas Leis nº 7.841/89 e nº 8.408/92, tendo a primeira eliminado a restrição à possibilidade de divórcios sucessivos, contida no revogado artigo 38 da Lei do Divórcio.

Outrossim, maiores inovações eram esperadas pelo advento do Código Civil de 2002, o que não ocorreu devido aos seguintes fatores, comentados por Yussef Said Cahali (2005, p. 41):

[...] clonado o projeto primitivo no projeto de Orlando Gomes, que por sua vez estava atrelado ao velho Código, sem maior empolgação do mundo jurídico, na sua dormência de várias décadas, foi atropelado por profundas reformas no âmbito constitucional e legal, induzindo os seus autores a uma desordenada tentativa de colocar o seu texto em consonância com o novo direito de família, que, na realidade, de muito já havia superado. Daí a gama de emendas por que passou, nem sempre ditadas pelo bom senso, e as novas emendas ao seu texto, apresentadas de imediato à sua aprovação.

Como o Código Civil de 2002 já entrou em vigor apresentando alguma defasagem, nenhuma evolução é perceptível no que tange ao regime legal da separação e do divórcio. Destarte, maiores novidades na legislação civil somente se verificaram com a Lei nº 11.441/07, que autorizou a realização de separação e divórcio consensual pela via



administrativa. Se o casal não tem filhos menores ou incapazes e observa os requisitos legais quanto aos prazos, esses atos, antes obrigatoriamente submetidos à apreciação do Poder Judiciário, agora podem realizar-se por escritura pública, da qual devem constar as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, o acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. Rodrigo da Cunha Pereira (2007, p. 56) considera essa lei uma inovação, haja vista que prima pela menor intervenção do Estado na vida privada das pessoas e completa dizendo que:

Esperamos que o espírito desta nova lei se propague pelos três poderes idealizados por Montesquieu, para que se faça um Estado menos interventor da vida privada. Afinal, já está passando da hora do Estado respeitar a autonomia privada. Se não há intervenção judicial para casar, não há necessidade de intervenção para descasar. Precisamos mudar essa cultura intervencionista e respeitar mais as liberdades dos sujeitos, até mesmo para que se responsabilizem mais pelos seus atos.

Nesses termos, do sistema vigente até junho de 2010, as ilações observáveis são: o divórcio conversão não era mais a regra, tampouco o divórcio direto era tido como extraordinário; a separação de fato por apenas dois anos dava plenos direitos à obtenção do divórcio direto, independentemente de separação judicial prévia; e ainda, caso essa separação se consubstanciasse em um fato que impossibilitasse a vida em comum dos cônjuges, a ação judicial poderia prescindir de causa culposa (NOVIDADES, 2009, p. 119). Esses caracteres foram destacados pelo deputado federal Joseph Bandeira, relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em apreciação da proposta de emenda constitucional nº 22-A de 1999, de autoria do deputado federal Enio Bacci, que intentava apenas a diminuir o prazo de separação de fato para a conversão do divórcio direto para um ano. Em passagem louvável, o relator afirma que:

De fato, deve-se ter em mente que o antigo desquite, hoje separação judicial, foi mantido no direito brasileiro em virtude de um arranjo político, em virtude do qual foi possível a adoção do divórcio entre nós. Tratou-se de uma fórmula que agradasse àqueles frontalmente contrários à dissolução do vínculo matrimonial, e que, portanto, contentavam-se com a possibilidade de pôr termo, apenas e tão-somente, à sociedade conjugal.

Em razão disso, considerando-se o contexto apreciado, a separação judicial estava cada vez mais estrangulada, donde a opção pelo divórcio direto naturalmente tornou-se a solução mais buscada pelos cônjuges que não mais desejavam manter-se unidos por qualquer vínculo. Ademais, diante da insustentabilidade da separação judicial no ordenamento jurídico

pátrio, necessária se fez a alteração constitucional que expurgasse tal instituto, o que se consumou pela aprovação da Emenda Constitucional nº 66 em 13 de julho de 2010.

### 3.3 A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a relevância da aplicação do princípio da autonomia da vontade na dissolução da sociedade conjugal

A Emenda Constitucional nº 66/2010, que ficou conhecida como a PEC do Divórcio, alterou o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal para suprimir o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por dois anos. O texto constitucional que antes dispunha que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”, desde 13 de julho de 2010, vige com a seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

A referida emenda frutificou a partir de duas Propostas de Emenda Constitucional (as de nº 413/2005 e 33/2007) indicadas pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e apresentadas ao Congresso Nacional, respectivamente, pelos deputados federais Antonio Carlos Biscaia e Sérgio Barradas Carneiro. As propostas tramitaram apensadas à PEC 22/99, de autoria do deputado federal Enio Bacci que, embora tratasse da mesma matéria, propunha a fixação do prazo de um ano para requerer o divórcio, qualquer que fosse o caso, mas acabou sendo rejeitada em parecer do relator Joseph Bandeira no dia 06 de novembro de 2008, o qual propôs a aprovação das PECs nº 413/2005 e 33/2007.

A proposta, então, foi aprovada pela Câmara dos Deputados com maioria significativa nos dois turnos. No Senado Federal, sob o nº 28/2009, foi aprovada sem maiores contestações, com louvor do relator da proposta na Casa (o senador Demóstenes Torres) cujo argumento apresentado para aprovação era de que a sociedade brasileira possui maturidade suficiente para decidir a própria vida.

Apesar de a emenda ter sido modesta na alteração do texto da Constituição Federal, a repercussão das mudanças que ela produziu no ordenamento alcançou divagações mais complexas, firmando-se entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que apontam no sentido de que a separação judicial ainda subsiste como alternativa àqueles casais que não desejam ver de logo o vínculo matrimonial desfeito. Para Zeno Veloso (2010, p. 58-59), essa corrente sustenta a manutenção da separação judicial sob dois argumentos:

[...] O primeiro, de que a pessoa pode ser muito religiosa e, conforme a fé que professa, o casamento é indissolúvel, é um sacramento, como no caso dos católicos. Ora, o divórcio de que estou tratando é o que dissolve o casamento civil. A questão religiosa, embora extremamente respeitável e importante, é de outra esfera. Diz respeito aos crentes e aos padres, pastores, rabinos e outros religiosos. Analiso a questão como operador jurídico. Outro argumento é o de que a separação de direito deveria continuar no ordenamento, como alternativa, para que o casal pudesse melhor refletir, deixar passar algum tempo e resolver, afinal, se iria se reconciliar ou buscar o divórcio. O argumento prova demais, porque quem se divorcia não precisa ficar divorciado a vida inteira. Se se arrepender, basta casar, novamente, com a mesma pessoa de quem se divorciou, começar uma nova vida matrimonial. E casar é rápido, é fácil e até barato.

Essas são as justificativas que remontam a questões morais e religiosas; a jurisprudência, no entanto, embasa-se numa problemática jurídica quando é chamada a se pronunciar sobre as alterações provocadas pela EC nº 66/2010 no caso concreto. Nesse ponto, apresenta-se dividida e assim se posiciona quando tende a rejeitar o desaparecimento total da separação judicial do ordenamento jurídico:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINOU A EMENDA DA INICIAL PARA QUE O FEITO PROSSIGA COMO AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. 2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70042978304, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/07/2011, Publicado em 20/01/2011).

Como se vê, no voto vencedor o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos exalta que a EC nº 66/2010 tem efetividade apenas mediata, carente de reforma da legislação infraconstitucional para expurgar-lhe a separação judicial (do Código Civil, do Código de Processo Civil e a extrajudicial), eliminando os requisitos de prazo para divórcio e definindo se a discussão acerca da culpa permanece ou não, sob pena de provocar grande tumulto e divergências, com risco de futura epidemia argumentativa da existência de nulidades e carências de ação em ações de divórcio.

O desembargador acrescenta, ainda, dois outros argumentos: relembra que a Constituição de 1937 retirou da anterior Constituição de 1934 o dispositivo que se referia ao desquite e à anulação do casamento sem, contudo, fazê-los desaparecer do ordenamento jurídico, haja vista que permaneciam na legislação ordinária, sustentando que o mesmo se deu com as alterações provocadas pela EC nº 66/2010; salienta a natureza constitucional meramente formal das normas atinentes ao casamento, destacando a inocorrência de revogação da legislação infraconstitucional correspondente (uma vez que não foi feita expressamente) e que não há impossibilidade de aplicar, contemporaneamente, a lei antiga e a nova, já que esta última não dispõe sobre a dispensa de qualquer outro requisito.

Noutro ponto, contrapõe-se ao argumento de que a extinção da separação judicial e dos requisitos para concessão do divórcio decorre da vontade do legislador, por entender que, embora tal afirmação tenha procedência, esse critério exclusivamente subjetivista de interpretação representa fator de insegurança jurídica, principalmente quando não encontra respaldo na linguagem da norma (como no caso discutido) advertindo: “[...] esta opinião não significa que me posicione ideologicamente contrário à evolução que se pretendeu com a Emenda Constitucional em foco, mas apenas que não aceito – só por ser favorável à tese – que sejam atropeladas regras comezinhas de interpretação do Direito.”

Em sentido diametralmente oposto, porém, posiciona-se Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 204), ao entender que, se o casamento dá origem, concomitantemente, à sociedade conjugal e ao vínculo matrimonial, quando o § 6º do artigo 226 da CF/88 (com redação dada pela EC nº 66/2010) menciona que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, está a afirmar que tanto a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial podem ser dissolvidos pelo divórcio, o que faz baseado na análise conjunta dos métodos histórico, lógico, sistemático e teleológico de interpretação da norma jurídica.

Com efeito, discorrendo acerca do método histórico o mesmo autor (2011, p. 205) ressalta que a criação da separação judicial foi resultado de um ajuste entre divorcistas e antidivorcistas para que o divórcio pudesse ser implantado no ordenamento, representando apenas uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, que não mais encontra razão de existir diante dos valores atuais da sociedade. No que pertine à interpretação lógica, a premissa é de que “[...] a Constituição Federal eliminou de seu bojo a única referência que fazia à separação judicial. Não se limitou a suprimir os prazos, senão também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão.” E enfrenta diretamente o argumento do desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, ao afirmar que:

Não aproveita a argumentação de que o desquite era previsto no Código Civil de 1916 e subsistia mesmo ante o silêncio da Constituição Federal da época a seu respeito. É necessário enfatizar que a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. A evolução dessa questão já foi mencionada, demonstrando-se que a Constituição de 1988, diferentemente das anteriores, tratou da separação como requisito prévio para a obtenção do divórcio. A separação judicial tinha, pois, a finalidade de ser convertida em divórcio após um ano da separação judicial, e de permitir a reconciliação do casal, antes da sua conversão em divórcio. Foi a solução encontrada para contornar a oposição dos líderes religiosos e dos antidivorcistas. (GONÇALVES, 2011, p. 207)

Esses argumentos também são aproveitados na interpretação sistemática, a qual considera o caráter interrelacional das normas de um ordenamento. O papel das normas constitucionais nessa análise é preponderante sendo que, na observação de Paulo Luiz Netto Lôbo (2010), “[...] tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente.”, haja vista o consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição, de modo que a modificação insculpida na norma do § 6º do artigo 226 da CF/88 não depende de normas infraconstitucionais para ser respeitada. O mesmo autor arremata afirmando diretamente: “[...] portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio.”

Por último, segundo a interpretação teleológica ou sociológica, que tem por objetivo adequar o sentido da norma às exigências sociais a fim de lhe conferir maior eficácia, Paulo Luiz Netto Lôbo (2010) assevera, com propriedade, que o fim social que deve ser apreendido da EC Nº 66/2010 é seguramente:

[...] permitir, sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. (...) O resultado da sobrevivência da separação judicial é de patamar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal. Ainda que se admitisse a sobrevivência da sociedade conjugal, a nova redação da norma constitucional permite que os cônjuges alcancem suas finalidades, com muito mais vantagem. Por outro lado, entre duas interpretações possíveis, não poderia prevalecer a que consultasse apenas o interesse individual do cônjuge que desejasse instrumentalizar a separação para o fim de punir o outro, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social. (...) O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do nome de casado e a partilha dos bens comuns.

A inovação constitucional, portanto, extinguindo a separação judicial, determinou também a extinção das causas subjetivas (culpa) e das objetivas (lapso temporal) para que se obtenha o divórcio. No Direito de Família, a culpa tem lugar tanto no aspecto da convivência familiar (refletindo na estabilidade da vida conjugal), quanto no momento patológico do casamento, quando alguém é responsabilizado por não mais querer viver com o seu cônjuge, como um dos fundamentos para ajuizar a ação de separação judicial (TEPEDINO, 2008, p. 446). Todavia, esse não deixa de ser um aspecto condicionado às subjetividades da vida conjugal, por isso mesmo impossível de ser apurada com fidelidade fática, por meio do olhar legal do magistrado.

A EC nº 66/2010, dentre outros aspectos, obsta a discussão da culpa, já que ela não tem lugar na ação de divórcio e a separação de direito deixou de existir. Destarte, se algum dos cônjuges desejar ressarcimento, poderá intentar ação indenizatória contra aquele que considera culpado, haja vista que a culpa dá azo à responsabilidade civil e poderá, ainda, ser discutida nas hipóteses de anulabilidade do casamento por vícios de vontade, como a coação e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge (GONÇALVES, 2011, p. 211-212). Uma das grandes vantagens da exclusão da análise da culpa para concessão do divórcio é minimizar os ressentimentos decorrentes da sua imputação ao outro cônjuge, sentimento que contribuía para o comprometimento da relação pós-conjugal prejudicando, principalmente, a formação dos filhos comuns. Nesse sentido, discursa Marianna Chaves (2010):

A perquirição da culpa traduz-se em uma imiscuição exacerbada na intimidade, na vida privada e familiar dos indivíduos. Nada mais acertado que tal ingerência só ocorra se assim uma das partes o desejar, em processo autônomo de alimentos ou em uma possível ação de reparação civil. Mais uma vez, se faz presente a promoção da autonomia da vontade, cabendo às partes e não ao legislador determinar a necessidade ou não da investigação da culpa nas suas relações pessoais.

Diante das vantagens obtidas com a alteração constitucional não há como sustentar a permanência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico, sendo possível dizer, com Zeno Veloso (2010, p. 58) que “quis o legislador constitucional – deliberadamente, confessadamente quis – que a dissolução da sociedade conjugal e a extinção do vínculo matrimonial ocorram pelo divórcio (...)”. Alguma dúvida ainda persistiria se a Emenda Constitucional fosse aprovada com a redação inicial proposta: “Artigo 226. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.” Com efeito, se assim fosse aprovada persistiriam a perquirição da culpa e todas as disposições infraconstitucionais postas ao seu respeito, contudo, não foi essa a intenção da Câmara dos

Deputados, que retirou da proposta inicial o trecho “consensual ou litigioso na forma da lei”. Dessa forma, a EC nº 66/2010 alcança eficácia direta e imediata, sem sofrer os riscos de uma limitação advinda da lei ordinária ou até mesmo da reintrodução da culpa ou da prévia separação judicial no contexto social, o que configuraria verdadeira fraude à Constituição (LÔBO, 2009, p. 6). Acerca da insustentabilidade da separação judicial, afirma Zeno Veloso (2010, p. 57):

Desde que admitido o divórcio, a separação de direito significa um meio, um caminho para obtê-lo, com vistas, afinal, a desfazer o casamento e permitir que os interessados se libertassem do laço que os prendia formalmente e partissem para nova experiência afetiva na busca da felicidade, que é um direito natural. E os juristas de ponta do Brasil sempre criticaram a manutenção dessa via dupla para obtenção do divórcio, com multiplicação de processos, de burocracia, de despesas, com a reiteração de angústias e desencontros, até que se chegasse ao fim do caminho. Era um verdadeiro calvário.

Sem dúvida, ocorreu a simplificação, a descomplicação do divórcio e essa facilidade posta na sua obtenção gerou em alguns a ideia de que o casamento entraria em falência, contudo, como afirma Zeno Veloso (2010, p. 58), essa concepção é deveras exagerada: “não é pelo fato de o divórcio estar facilitado que alguém que ama o seu cônjuge e que é feliz no casamento vai requerer o divórcio, só porque ficou mais ágil, mais singelo.” Esse sentimento também foi percebido à época da instituição do divórcio, e retratado nas palavras de Waterloo Marchesini Junior (1978, p. 13):

Pretendo ainda mostrar que, pelo divórcio, a tão apregoada desagregação da família com conseqüências funestas ao equilíbrio social, não existe. Ao contrário disso, o divórcio está aí para, no tempo e no espaço, como remédio extremo, atuar na terapêutica de tantas e tão lamentáveis excrescências, que mutilam milhões de casais desavindos e, por força da lei, até então tolhidos em seus direitos. (...) Espero que compreendam que o divórcio veio para a estabilidade das famílias, para o maior equilíbrio social, sobrepondo-se aos conflitos de interesses pessoais, para a garantia da ordem, sob as vistas do Estado. Isso, porque a recente norma legal não é tão liberal como tiveram ocasião de afirmar uns poucos comentadores. Ela é, por sinal, rígida e ao mesmo tempo expedita; identificada com a realidade nacional e, talvez, por isso, qualificada por alguns menos atentos, até de medíocre. (...) O direito é dinâmico e não se conforma com a estagnação.

Como discute Rodrigo da Cunha Pereira (2007, p. 55-56) os casamentos, até pouco tempo atrás, eram mantidos e sustentados em razão de uma resignação histórica das mulheres: não importava a qualidade da relação, o casamento tinha que durar. Hoje, não mais se concebe a manutenção de um laço conjugal que não esteja apoiado e sustentado principalmente no afeto, que como ressalta o autor, “[...] é o mais novo valor jurídico, guia-mestre e sustentáculo do Direito de Família contemporâneo.” Esta nova realidade demonstra a

vitória da ética sobre a moral, e a EC nº 66/2010 foi aprovada para coadunar-se com a disciplina da dissolução do casamento com o modelo de proteção da família proposto pela Constituição Federal de 1988.

A igualdade conjugal prevista constitucionalmente contribuiu sobremaneira para a felicidade no lar conjugal, pois que os relacionamentos apenas se mantêm enquanto os consortes quiserem e pelo tempo que quiserem. José Sebastião Oliveira (2002, p. 281) sustenta que o Estado atual, nos moldes traçados pela Constituição Federal de 1988, está estruturado para garantir liberdade e felicidade e jamais poderia atingir esse fim através de ingerências na família. Destarte, sua função deve ser limitada a garantir que os membros da família vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo; quando esse núcleo não mais se sustenta não cabe ao Estado se imiscuir na vida privada e indagar das razões pelas quais uma união afetiva não vingou, cabendo apenas aos cônjuges, num livre exercício de autonomia da vontade, por fim à relação que eles mesmos construíram. Acerca da antiga obrigatoriedade da separação judicial Marianna Chaves (2010) assevera com propriedade que:

[...] A atual necessidade obrigatória de prévia separação judicial revela-se patentemente atentadora à autonomia da vontade dos indivíduos envolvidos naquela relação. O instituto da separação judicial se mostra algo no mínimo, imprestável e sem razão de ser na atualidade. A manutenção de um vínculo - na esfera jurídica - quando no patamar afetivo e factual, deixou de existir é efeito de uma legislação ultrapassada, com fundamento em uma "sacralização" do liame matrimonial que não mais existe - ou não deveria existir - na sociedade hodierna. Seja vislumbrando o casamento pela corrente contratualista, seja vendo-o como uma instituição, uma coisa se tem como certa: o vínculo se origina pela vontade das partes e, nada mais arrazoado, que seja dissolvido pelo mesmo elemento volitivo. Ninguém melhor do que os envolvidos para saber como e quando desconstituir a sua união. Descabe ao legislador e ao Estado impor óbices para que o término da sociedade conjugal seja levado a efeito. (grifo da autora).

A Emenda Constitucional nº 66/2010, obstando a análise da culpa, a necessidade de um processo anterior e a observância de lapsos temporais para a concessão do divórcio, entregou aos casais o poder que lhes faltava no casamento, qual seja, o de desfazê-lo quando não mais for possível sustentá-lo. Dessa forma, realinhou o instituto aos paradigmas que regem o Direito Civil, outorgando aos contraentes o direito de rescindir o contrato quando não é mais possível adimpli-lo, ou seja, facultando-lhes o exercício da autonomia privada. E não o fez para provocar uma crise na sociedade, fomentando a destruição de famílias, antes buscou a preservação do valor pelo qual o ser humano se determina como tal: a liberdade.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho que ora se encerra buscou avaliar a participação da vontade individual no Direito de Família, ao lado do alto grau de intervencionismo estatal, sob a ótica da flexibilização do divórcio no Brasil trazida pela Emenda Constitucional nº 66, que entrou em vigor em 13 de julho de 2010. O cerne da problematização situou-se em saber se com a edição da EC nº 66/2010 o Estado sobrelevou a afirmação do princípio da autonomia da vontade também no Direito de Família, em detrimento das questões de ordem pública e bons costumes que tradicionalmente regiam a edição das normas relativas ao casamento e sua dissolução.

A pesquisa guiou-se por objetivos que foram alcançados: a avaliação da situação da autonomia da vontade no Direito de Família, no que concerne ao momento do divórcio, confirmou a hipótese central do estudo, sendo possível afirmar que o constituinte reformador prestigiou a autonomia da vontade (manifestação suprema da liberdade) em detrimento de normas burocratizadoras do sistema de dissolução da sociedade conjugal que não mais se sustentavam. Destarte, o divórcio direto identifica-se com o atual estágio da sociedade que reivindica o direito de poder exercer sua liberdade nas relações afetivas, que tanto dependem dela.

Os demais objetivos específicos também foram alcançados: as diferentes formas de manifestação da autonomia da vontade no Direito Público e no Direito Privado, inclusive no interrelacionamento desses ramos, foram analisadas no primeiro capítulo, donde se constatou a proteção das liberdades individuais pelo Direito Público e o efetivo exercício delas como fundamento do Direito Privado e foram fixados os limites da ingerência do Estado no domínio privado, sob o mote de manutenção da ordem pública e dos bons costumes. A análise desses aspectos confirmou uma das hipóteses sugeridas, qual seja, a de que o princípio da autonomia da vontade pode ser limitado, em casos específicos, em razão da manutenção da ordem pública e dos bons costumes, motivo pelo qual o Estado tradicionalmente ingeriu-se nas relações de família, através da imposição de normas cogentes em detrimento das normas flexíveis que regulam as outras áreas do Direito Civil.

A natureza jurídica do casamento foi debatida no segundo capítulo: a ilação extraída, analisando os fundamentos das três correntes doutrinárias desenvolvidas, aponta para a verificação da natureza contratual do instituto que, apesar de tradicionalmente visto como uma instituição, tanto em seus elementos de formação quanto pelos de manutenção indica a

existência de um acordo de vontades (ainda que tácito) a justificar a classificação do casamento pela doutrina como um contrato de Direito de Família. Essa conclusão confirma a hipótese levantada inicialmente, de que o casamento tem natureza contratual, visto que tanto ele como os contratos dependem de manifestação livre de vontade para se formalizarem, aplicando-se o princípio da autonomia da vontade ao casamento tanto no seu início como no seu fim.

O terceiro objetivo específico foi alcançado no capítulo final, que reconstruiu a trajetória evolutiva do divórcio no sistema jurídico nacional debatendo, ainda, sobre a relação entre o dinamismo social e a evolução das normas jurídicas, que fomentou tal evolução culminando com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, a qual valorizou a autonomia da vontade no Direito de Família em detrimento do tradicional intervencionismo estatal.

A liberdade individual, caracterizada pelo poder de autodeterminação do indivíduo, é consagrada como direito fundamental num Estado que se autoproclama democrático de direito, como o Brasil. Outrossim, esse mesmo Estado, ao tempo em que restringe a atuação individual em nome da supremacia do interesse coletivo deve garantir, através da lei, o exercício pleno das liberdades individuais naquilo que não ofenda a vida em sociedade. O Estado é um meio para desenvolvimento do homem e a ele cabe o dever de suprir e não suprimir a vontade individual, como aconteceu com a validação das uniões estáveis homoafetivas pelo Poder Judiciário. Assim, diante da hipertrofia do Estado paternalista que se criou no século XX, não se concebe mais que ele tenha o dever de regular situações tão privadas como os motivos pelos quais um casamento chega ao fim, tal como acontecia quando ainda era necessário enquadrar a falência conjugal em umas das causas de pedir da separação conjugal.

Nas relações de família (como em todas as outras relações de Direito Civil) deve prevalecer o interesse individual, sendo o interesse da sociedade apreciável apenas de maneira reflexa, sob pena de se entregar à sociedade a intimidade de uma relação que importa tão somente ao casal. Embora seja recorrente a tendência da publicização do Direito de Família, a proteção constitucional dela demonstra apenas a sua importância diante reflexo que ela projeta na sociedade, fazendo parte do Direito Civil, visto que é carregada de individualismo e de subjetividade. Nesse diapasão, incluir o Direito de Família no Direito Público (como alguns desejam) representa um intervencionismo absurdo do Estado na vida íntima. A partir daí afirma-se que, não somente no aspecto patrimonial como também no pessoal, a autonomia da vontade deve ser observada e protegida.

O casamento possui natureza jurídica de contrato especial, uma vez que tem origem no livre acordo de vontades das partes que declararem querer contraí-lo; mesmo a imutabilidade dos efeitos disciplinados pela lei decorre, afinal, do livre consenso dos cônjuges, assim como acontece com a sua dissolução. Dessa forma, por mais que existam disposições cogentes impostas ao casamento, considerando que o elemento volitivo conduz todas as suas fases (antes, durante e no fim da convivência conjugal), conclui-se que a natureza contratual do casamento não nega, mas suplanta a face institucional. Com efeito, o casamento é um ato de autonomia da vontade de grande importância social, mas que se aperfeiçoa através da manifestação bilateral da vontade dos nubentes que se submetam à disciplina da lei, como um sem número de negócios jurídicos por ela regulamentados.

Cumprе ressaltar que o Estado não pode deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família (como sua célula fundamental) sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. É de ver-se, contudo, que essa ingerência deve ser sempre protetora, a fim de preservar as liberdades garantidas pela autonomia da vontade, pois que o organismo familiar passa por constantes mutações e o legislador deve permanecer atento às necessidades de alterações legislativas, as quais devem ser feitas de modo a acompanhar tais mudanças.

A luta pela implantação do divórcio no Brasil foi travada em meio à sociedade conservadora e extremamente religiosa do final do século XIX e do início do século XX. O casamento indissolúvel proposto pela Igreja Católica é um conceito ideal, cuja concretização depende unicamente do concurso de vontades daqueles que nele se acham. A indiferença entre marido e mulher que, por uma série de fatores, se vêm mutuamente desinteressados, ou até mesmo o antagonismo invencível que os transforma em inimigos, esterilizam o casamento pela ausência do compromisso espiritual que ele significa, não havendo, pois, razão para sua manutenção.

O divórcio, implantado na década de 1970, inicialmente rígido e de difícil concessão passou por um processo de flexibilização, atendendo às novas expectativas e necessidades sociais. O afastamento do requisito da prévia separação judicial por um ano ou da separação de fato por dois anos é corolário desse processo e consagra o atual estágio de consciência da sociedade. É inconcebível que o Estado se imiscua na vida privada a ponto de estabelecer um prazo para reconciliação ou declarar de quem foi a culpa pelo fim do casamento, cuja existência depende da consciência de infração do dever dos agentes envolvidos.

Com a mudança no eixo central de proteção do núcleo familiar e a evolução da noção de família-instituição para família-instrumento de desenvolvimento da pessoa humana, soa

descabida qualquer forma de violação da dignidade do homem, incluída nesta a liberdade de casar e de não permanecer casado, ainda que sob o pretexto de garantir proteção à estabilidade familiar.

Nesses termos, desde a sua implantação, o principal efeito verificado do divórcio foi o de revestir com a devida juridicidade inúmeras dissoluções de fato que se desenvolviam sem a devida proteção jurídica, o que impedia o gozo de diversos direitos para os cônjuges de fato. Com efeito, ao contrário do que se pregava à época, o divórcio não significou o fracasso da família, antes possibilitou que novas células familiares fossem formadas e protegidas. Do mesmo modo, o afrouxamento dos requisitos para concessão do divórcio também não conduz à falência do núcleo familiar, não havendo razões para afirmar que, porque o casamento está mais fácil de ser dissolvido, casais satisfeitos irão procurar o divórcio.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 representa a defesa do direito fundamental à liberdade, limitando a intervenção do Estado na vida das pessoas e corrigindo uma falha jurídica permitida durante muitos anos pela excessiva dependência do Estado incutida numa sociedade imatura e paternalista. A autonomia da vontade é, pois, a expressão da liberdade individual concretizada no Direito Civil, onde o Direito de Família repousa e encontra seus fundamentos.

## REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. **Revista CEJ**. V. 3, n. 9, set-dez/1999, p. 25-30. Brasília: CEJ.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do estado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça**. Ilhéus: UESC, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Wilson de Andrade. **Divórcio e separação: doutrina e legislação**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução em França**. 2 ed. Trad. Renato de Assumpção Farias, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lídia Richter Ribeiro Moura. Brasília: UNB, 1997.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de sociologia jurídica: você conhece?** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHAVES, Marianna. **PEC do Divórcio - Consagração da autonomia da vontade**, 2010. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629> > Acesso em: 10 out. 2011.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Constitucionalização do direito civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista Scientia Una**. n. 10, maio/2009, p. 146-158 Olinda: FOCCA.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família na pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Ano 1, n. 2, set-out/2004, p. 101-114. Porto Alegre: Magister.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 14. ed. rev., atual., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do estado**. Teoria constitucional e relações internacionais. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. V. 1. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCEZ NETO, Martinho. **Temas atuais de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. V. 3. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro: direito de família**. V. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro: parte geral**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. “PEC do divórcio”: consequências jurídicas imediatas. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Ano 3, n. 11, ago-set/2009, p. 5-17. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM.

\_\_\_\_\_. **Divórcio: alteração constitucional e suas consequências**. 2010. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629> > Acesso em: 10 out. 2011.

LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **Curso avançado de direito civil: direito de família**. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARCHESINI JUNIOR, Waterloo. **Instituição do divórcio no Brasil**. Curitiba: Juruá, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. V. 2. Coimbra: Coimbra, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: parte geral**. V. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. V. 1. 5. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito civil pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade**. Belo Horizonte: ESDHC, 2010.

NÓBREGA, José Flósculo da. **Introdução ao direito**. 8. ed. rev. e atual. João Pessoa: Linha d'água, 2007.

NOVIDADES legislativas. Divórcio direto no Brasil. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Ano 3, n. 10, jun-jul/2009, p. 115-126. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, José Ferreira. **Curso de direito de família**. Curitiba: Juruá, 1999.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial no novo código civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. V. 5. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio e partilha mais fáceis: autonomia do privado. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Ano 4, n. 16, jan-fev/2007, p. 55-57. Porto Alegre: Magister.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3.ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. V. 6. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. V. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: parte geral**. V. 1. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O direito de família pós-moderno: breves apontamentos. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Ano 2, n. 3, abr-maio/2008, p. 5-22. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VELOSO, Zeno. O novo divórcio e o que restou do passado. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Ano 7, n. 38, set-out/2010, p. 56-59. Porto Alegre: Magister.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. V. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: parte geral**. V. 1. 4. ed. São Paulo, Atlas: 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. V. 2. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VILLELA, João Baptista. A nova família: problemas e perspectivas. *In*: BARRETO, Vicente (org.). **Família de hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.